Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke

[illegible]

[illegible]

[illegible] und Hypothek

[illegible]

[illegible]


BERKELEY
LIBRARY
UNIVERSITY OF
CALIFORNIA


SIGILL. COLL. YALEN. NOV. PORT. NOV. ANGL.
LUX ET VERITAS


Winckler



Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke

Professor der Rechte an der Universität Berlin

69. Heft

Vermögenshaftung und Hypothek

nach fränkischem Recht

von

Dr. jur. August Egger

Privatdocent an der Universität Berlin

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1903

Vermögenshaftung und Hypothek

nach

fränkischem Recht

von

Dr. jur. August Egger
Privatdozent an der Universität Berlin

Breslau
Verlag von M. und H. Marcus
1903

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor

Dr. Eugen Huber

in Bern

dankbar zugeeignet

Vorwort.

Das neue deutsche bürgerliche Gesetzbuch stellt in seinem Hypothekarrecht dem Realkredit ein ganz hervorragend gutes Instrument zur Verfügung. Es bringt Grundsätze, welche ein energisches nnd zuverlässiges Sachhaftungsrecht bedingen, zur konseqnenten Durchführung und schafft damit die denkbar solideste Basis selbst für eine so hoch gesteigerte Realkreditwirtschaft, wie sie zur Zeit die Liegenschaftsverhältnisse in Stadt nnd Land beherrscht. Dabei brauchte aber das neue Zivilgesetzbuch im Wesentlichen nur zu übernehmen, was im Lauf des 19. Jahrhunderts eine hervorragende preussische Gesetzgebung geschaffen hatte. Doch anch andere deutsche, östreichische und schweizerische Partikularrechte haben im Lauf der Zeit eine hypothekarrechtliche Entwicklung durchgemacht, die zu ganz ähnlichen Resultaten führte. Es ist interessant zu verfolgen, mit welcher Sicherheit und mit welch' unwiderstehlicher Kraft die Rechtsbildung mancherorts dem Ziele zustrebte, das in der uneingeschränkten Anerkennung der Grundsätze: Publizität, Spezialität und öffentlicher Glaube seine Verwirklichung findet. Das sind die Grundsätze des modernen deutschen Immobiliarpfandrechtes.

Umso merkwürdiger ist es, dass die Rechtsgeschichte der deutschen Hypothek weite Strecken durch ödes, unfruchtbares Land führt. Lange Jahrhunderte hindurch kennen grosse Rechtsgebiete schlechterdings nur ein Hypothekarsystem, das sich durch erstaunliche Minderwertigkeit auszeichnet. Die Öffentlichkeit der Belastungen ist nur mangelhaft oder gar nicht wahrgenommen. Legalhypotheken finden willige Anerkennung. Sind schon diese zum grossen Teil Generalpfandrechte, so werden vor allem auch der vertraglichen Konstituierung von General-

hypotheken keine Schranken gezogen. Ja, man bemüht sich, diese den speziellen Hypotheken möglichst gleich zu behandeln. Treten dazu im Rahmen der Prioritätsordnungen noch zahlreiche, auch den Pfandrechten vorgehende „Privilegien". Vorzugsrechte, so sind diese Züge allerdings hinreichend, um uns fragen zu lassen, ob denn auch das noch ein deutsches Immobiliarpfandrecht sei.

Im Grunde genommen wird diese Frage auch allgemein verneint. Nur der überragende Einfluss des römischen Rechtes vermochte — dahin geht die herrschende Meinung — einem solch inferioren, untauglichen Pfandrecht Geltung zu verschaffen. Und die Generalhypothek und die gesetzlichen Pfandrechte und der Mangel an Publizität, die Anerkennung gar der Mobiliarhypothek, all das ist undeutsch, ist römisch, ist uns fremd und die neuzeitliche Entwicklung hat nur gerade darin bestanden, diese Fremdkörper zur Ausscheidung zu bringen. Zur Erhärtung dieser Auffassung wird wohl gelegentlich auf das französische Pfandrecht verwiesen. Hier war der Einfluss des römischen Rechtes gerade auf dem in Frage stehenden Gebiet besonders tief und nachhaltig. (Die französischen Autoren versichern es uns selbst.) Aufs genaueste entspricht dem, dass das französische Pfandrecht noch schlechter war als das deutsche und dass es sich von den Nachwirkungen dieses unglücklichen Influenzierungsprozesses nie völlig hat erholen können.

Der Ausgangspunkt für die folgenden Untersuchungen lag nun gerade in diesem französischen Pfandrecht des ancien droit, des 16.—18. Jahrhunderts. Die Betrachtung dieser Periode der französischen Pfandrechtsentwicklung lässt unschwer einen höchst merkwürdigen Zustand, höchst merkwürdige pfandrechtliche Anschauungen erkennen. Man weiss schon von den deutschen Partikularrechten, worin grundbegrifflich die Eigentümlichkeit der Entwicklung während jener Zeit bestanden hat Um in der Terminologie des restaurierten geschichtlichen Obligations- oder Haftungsbegriffes zu reden: Die Rechte lassen durchwegs eine reinliche Scheidung zwischen persönlicher und sächlicher Haftung vermissen. Diese beiden Haftungsformen gehen vielmehr ineinander über (v. Schwind). Die Generalhypotheken verleihen oft nur ein Vorzugsrecht, trotzdem sie eben der Form und Bezeichnung nach als Pfandrecht auf-

treten. Aber auch bei der Spezialhypothek ist die obligatio, die Bindung des speziellen Pfandobjektes oft nur eine lose und das Pfandrecht erscheint auch in dieser Form wesentlich als ein Vorzugsrecht am ganzen Vermögen.

Das französische Pfandrecht der besagten Periode zeichnet sich nun dadurch aus, dass es die Annäherung der „persönlichen" und der sächlichen, hypothekarischen Haftung des Vermögens am weitesten getrieben hat. Ja, es geht darin bis zur völligen Negierung dieser Unterscheidung. — Die Generalhypothek ist so wirksam wie die spezielle, ja letztere erscheint nach der einen oder anderen Beziehung direkt benachteiligt. Damit verliert sie eo ipso ihre Bedeutung. Die erstere aber ist streng genommen überhaupt gar keine vertragliche mehr, nie, also auch nicht bei besonderer Zusage. Nicht nur verleiht nämlich jedes Gerichtsurteil und jede gerichtliche Schuldanerkennung ein solches Pfandrecht — womit schon gesagt wäre, dass es in thesi jedem Gläubiger zusteht, — sondern es ist dasselbe auch eo ipso mit jeder in notarieller Form abgefassten Schuldurkunde ohne jede Rücksicht auf eine etwaige Beredung gegeben, während umgekehrt ohne solche Form eine Hypothek nicht konstituiert werden kann. Die zu Grunde liegende Auffassung tritt deutlich genug zu Tage: Grundsätzlich soll augenscheinlich ein jeder Gläubiger durch Generalhypothek geschützt sein. In dieser Weise soll ihm de lege das gesamte Vermögen haften. Die Autoren der Zeit lassen darüber gar keinen Zweifel, dass dies die treibende Vorstellung war. Deshalb erscheint denn auch noch die Voraussetzung einer notariellen Urkunde oder eines gerichtlichen Entscheides als lästige Form. Mit der Perfektion eines jeden Schuldvertrages sollte ohne weiteres auch diese Generalhypothek perfekt sein. Das wäre das theoretische Ideal, das der grundbegrifflich allein konsequente, allein zu rechtfertigende Zustand. Gewisse Oportunitätsrücksichten, Bedürfnisse des Verkehrslebens sind es, welche die volle Verwirklichung dieser Auffassung verhindern, auf welche nur mit ehrlichem Bedauern verzichtet wird. Oder vielmehr, es wird nicht verzichtet. Denn jene erscheint so sehr als allein sachgemäss, dass man ihr, wo immer möglich, Eingang verschafft. Es geschieht dies durch die Legalhypotheken im engeren Sinn: Generalpfandrechte, welche ohne Beobachtung jener Form

existent werden, unmittelbar aus dem Schuldvertrag resp. dem gläubigerischen Anspruch. Hier bedarf es also nicht mehr einer Weiterung. Hier ist das Ideal verwirklicht: Auf Grund des Schuldvertrages eo ipso die generelle hypothekarische Haftung des Vermögens. Es ist nun aber einleuchtend, dass diese Auffassung nicht nur die Herabdrückung allen Immobiliarpfandrechtes auf das Niveau dieser Universalhypothek bedeutet, sondern dass sie auch die Heraufschraubung der sog. persönlichen Haftung auf eben diese Stufe genereller hypothekarischer Haftung der Vermögensobjekte in sich schliesst. Und das ist denn geradezu das für die ganze Entwicklung entscheidende Moment: Die heutzutage sogenannte persönliche Haftung ist eine Haftung des Vermögens, nicht der Person, d. h. sie ist eine Sachhaftung. So lange sie nun, wie dies mangels einer Legalhypothek der Fall ist, nur erst gegen den Schuldner wirkt und Veräusserungen von seiten des letzteren ihr in Hinsicht auf die veräusserten Objekte jederzeit ein Ende bereiten können, ist sie allerdings unvollständig. Aber diese Unvollständigkeit, diese Beschränktheit, die sich gerade nicht rechtfertigen lässt, soll tunlichst überwunden werden. Mit dem Schuldvertrag ist die Haftung des Vermögens gegeben und diese soll möglichst eine vollwertige, eine vollwirksame sein. Denn sie ist ja grundbegrifflich nur Eine. Nicht existiert — wiederum grundbegrifflich — jene Dupplizität, die man nach der Bedeutung der Form, der notariellen Urkunde oder des gerichtlichen Schuldanerkenntnisses und nach unserer verschiedenen Benennung der Haftung vor und nach der Formerfüllung vermuten könnte. Es gibt nur eine Vermögenshaftung und das ist eben die sächliche. Dem tut keinen Abbruch, dass sie, dem Zwang der Verhältnisse folgend, oft nur in einer minderwertigen, provisorischen Ausgestaltung uns entgegentritt. Denn der Gläubiger, der an die Güter des Schuldners sich hält, sein „Verfolgungsrecht" gegen sie ausübt, der tut es auf Grund der einen und einzigen obligatio bonorum so gut wie der Hypothekar, der die Liegenschaft beim Drittbesitzer angreift. Darin liegt die begriffliche Unität des droit de suite, wie die Quellen der Zeit dasselbe auffassen. Qui s'oblige oblige le sien. Wer eine Schuldverpflichtung eingeht, der obligiert damit sein Vermögen, er obligiert es — und das ist das Entscheidende und gilt, selbst wenn man den ersten

Teil des Satzes anders übersetzen wollte — unmittelbar, sächlich, hypothekarisch. Deshalb wird dieses Wort zur Rechtfertigung der möglichst mit dem Schuldvertrag eintretenden Generalhypothek verwendet. Es gibt theoretisch keine Unterscheidung zwischen persönlicher und sächlicher Vermögenshaftung und zwar nicht zu Gunsten der letzteren: Alle Vermögenshaftung ist eo ipso naturnotwendig Sachhaftung!

Wie ist eine solche Auffassung und ein solcher Rechtszustand — welcher, wie gesagt, der Entwicklungsrichtung, der allgemeinen Tendenz nach auch in den deutschen Partikularrechten zu beobachten ist — zu erklären? Wo liegen die tieferen Ursachen und die Ausgangspunkte einer solchen Entwicklung? Sicherlich nicht im römischen Recht und nicht in dem Einfluss der Rezeption! War doch ein solches Haftungsrecht den Römern stets völlig fremd! Und war es wenigstens für unser Quellengebiet gerade die Romanistik, welche, so viel ich sehe, die an die Bedingung schuldnerischen Besitzes geknüpfte Haftung als die „persönliche" Vermögenshaftung bezeichnete und damit zunächst zwar nicht die Sache änderte, aber das Verständnis des einheimischen Rechtes erschwerte oder unmöglich machte. Dazu tritt aber vor allem noch, dass auch im einzelnen die französische Hypothek ein von dem gleichnamigen römischen Institut völlig verschiedenes Gebilde ist. Das „Vorzugsrecht" und das schon genannte „Verfolgungsrecht" haben in nichts ihr Analogon in den römischen Quellen und können durch eine romanisierende Betrachtungsweise nicht im entferntesten erklärt werden.

Diese ganze Entwicklung muss also doch wohl ihre eigentliche Basis in alteinheimischen, lebendig nachwirkenden Vorstellungen gehabt haben. Und tatsächlich ist der geschilderte Grundzug der neueren haftungsrechtlichen Entwicklung auf die Eigenart des mittelalterlichen Satzungsrechtes zurückzuführen.

Denn dieses kannte eine generelle Hypothek, die obligatio omnium bonorum, in unseren Quellen technisch (und typisch genug) obligatio generalis genannt. Freilich hat der Gläubiger kein Recht, dergestalt obligierte Vermögensobjekte noch nach dem Austritt aus dem schuldnerischen Vermögen zu verfolgen. Einer derartig weitgehenden Wirkung standen andere sachenrechtliche Grundsätze entgegen. Trotzdem ist diese obligatio

generalis eine Hypothek, eine sächliche Haftung des Vermögens Diese gab freilich nur ein einziges Recht: das Exekutionsrecht, die Zugriffsmöglichkeit. Zu diesem Zwecke sind die Vermögensobjekte — immer unter der Voraussetzung: so lange sie solche bleiben — obligiert. Ihre fundamentale Fnnktion sichert der obligatio bonorum die enorme Bedentung, die ihr tatsächlich zukam. Sie statuiert die Vermögenshaftung, statuiert sie wirklich als Haftung der Vermögensobjekte, wirklich als obligatio bonorum, als Sachhaftung, als Hypothek.

Der sächliche Charakter der mit der obligatio generalis gegebenen Vermögenshaftung ist der Ausgangspnnkt, die Grundlage der folgenden Entwicklung. Die obligatio gab das Zugriffsrecht, die Exekutionsmöglichkeit. Diese wird nun in der Weise realisiert, dass die einzelnen haftenden Objekte vom Richter auf Antrag des Gläubigers gefront werden. Darin hat das erste Stadium der Vollstreckung bestanden: in einer provisorischen Bannlegung der Güter. Erst später wurde das Verwertungsverfahren eröffnet. Vorläufig waren auf Grund des Bannes oder Arrestes die Güter in einer ungleich weitergehenden Weise als wie bisher dem gläubigerischen Zugriff gesichert. Denn dieser Bann war ein generelles Verbot an den Schnldner, die arrestierten Güter dem fortzusetzenden Verfahren zu entziehen. Da weder er noch etwa der Richter demnach eine schädigende Handlung mehr vornehmen konnte, war dem Gläubiger nunmehr auch gegen alle nachkommenden betreibenden Konkurrenten der Vorzng gesichert. Dergestalt ist der Gläubiger also dank der Beschränkung der schnldnerischen Dispositionsbefugnis, dank also eines ursprünglich notwendigerweise persönlichen Verbotes vollkommen gesichert. Sächliche Haftung aber bot die obligatio nicht erst von diesem Verbot, sondern überhanpt von allem Anfang an. Grundbegrifflich hat nach dieser Richtung hin das Verbot, so weitgehend seine Wirkungen auch sind, keinen Einfluss. — Die vorteilhafte Rechtslage, die in einem derartigen Güterarrest liegt, konnte übrigens auch in vorsorglichem Zwange hergestellt werden. Ja sie wurde selbst der Beredung der Parteien zugänglich gemacht. Der Gläubiger begnügte sich oft nicht mit einer obligatio generalis. Er verlangte — in einer merkantilistischen Sinnes baren Zeit vielleicht sogar mit Vorliebe — die Anweisung eines einzelnen ganz

bestimmten Vermögensobjektes, etwa einer bestimmten Liegenschaft. Dies Objekt sollte also specialiter assigniert werden. Aber diese Spezialität erschöpft sich nicht im Objekt. Sondern „speziell" sollte die Obligierung auch in dem Sinne sein, dass sie eine wirksamere sei, als sie aus der obligatio bonorum, aus der obligatio generalis folgte. Und diese weitergehende, wirksamere, eben „spezielle" Verpfändung wurde mit den Mitteln des Exekutionsverfahrens hergestellt: durch Einräumung eines Arrestes, einer Fronung. Das ist die „jüngere Satzung", in unseren Quellen technisch als obligatio specialis bezeichnet. Sie ist also antizipierte Fronung, auf Grund vertraglicher Einräumung vorweg genommener Königsbann, missio bonorum in bannum. Aber darüber hinaus ist von ihrem rechtlichen Wesen zu sagen, was oben von der obligatio generalis gesagt wurde. In erster Linie ist auch sie Sachhaftung, Hypothek. Denn auch sie eröffnet in allererster Linie eine unmittelbar sächlich gerichtete Zugriffsmöglichkeit. Was sie darüber hinaus noch „speziell" verlich, war der Herkunft nach prozessnaler Art und bestand in einer Beschränkung der Dispositionsbefugnisse des Schuldners resp. des Eigentümers, im von den Quellen sog. Verbot.

Aber dieses Verbot wurde in der Folge sächlich radiziert. Bis anhin musste der Gläubiger die Rescissionsklage anstemmen, wenn der Schuldner ein Haftungsobjekt trotz des Verbotes verkauft hatte. Allmählich wurde davon abgesehen. Man ging davon aus, dass der Verkauf, der bisher als ungiltig angesehen wurde, dem Pfandgläubiger nicht schaden könne. Dieser sollte also auch in die veräusserten Liegenschaften exequieren können, gleich als ob sie noch im Vermögen des Schuldners sich befänden, gleich als ob sie nicht veräussert worden wären. Die Obligation wirkt nunmehr unmittelbar gegen den Drittbesitzer. Die Bindung der Sache selbst ist energischer, dauerhafter gemacht.

Merkwürdiger Weise vollzog sich nun aber auch die andere Entwicklung: Es wurden allmählich der Generalobligation all die weitergehenden Wirkungen der Spezialsatzung zuerkannt. Zur vollen Erklärung dieser Wendung ist allerdings eine formale Beeinflussung von seiten des römischen Rechtes anzunehmen. Aber der entscheidende Umstand lag doch in der grundbegrifflichen Identität der generellen und der speziellen Obligation.

Die Vermögenshaftung des Mittelalters war eben eine hypothekarische. Nun wurde zunächst das allgemein herrschende Prinzip der Vertraglichkeit der Haftungserrichtung überwunden. Diese Vermögenshaftung sollte de lege eintreten. Trotzdem wurde nach wie vor dem Schuldner immer noch eine obligatio generalis in den Schuldurkunden eingeräumt. Wenn dies nun noch einen Sinn haben sollte, so konnte er nur darin bestehen, dass damit über die gesetzliche obligatio bonorum hinausgehende Wirkungen erzielt wurden. Eine besondere Zusage der obligatio generalis über die nunmehr jedem Gläubiger zustehende Exekutionsmöglichkeit hinaus wurde mehr und mehr als eine quasi spezielle Verpfändung des ganzen Vermögens aufgefasst. Der ursprüngliche Sinn der Spezialobligation war ja auch schon längst vergessen und das Recht, das sie verlieh, auf die haftenden Objekte auch noch nach der Veräusserung zu greifen, wie gesagt, auch schon sächlich radiziert. Da war denn nicht mehr abzusehen, warum die andere, die generelle obligatio bonorum nicht ebenfalls von solch wirksamerer vollwertigerer Sächlichkeit sein sollte. Es ist eben nicht zu vergessen, dass ursprünglich jedes traditionslose Pfandrecht an den Besitz durch den Schuldner gebunden war. Formell auch die Spezialobligation. Darum eben die Veräusserungs-etc.-verbote. Sobald aber dieses Stadium für die obligatio specialis überwunden und diese zur Hypothek im modernen Sinn des Wortes geworden war, war nur ein Schritt — und er wurde rasch getan — bis zur Verleihung dieser weiter reichenden resp. „dauerhafteren" Sächlichkeit auch an die obligatio generalis.

Die obligatio specialis ward Hypothek. Die obligatio generalis ward generelle Spezialobligation und damit ebenfalls Hypothek. Damit war eine gewaltige Kluft überbrückt. Denn ursprünglich waren die beiden Institute doch grundverschieden. Ein ganz anderes gilt aber für das Verhältnis der nunmehrigen vertraglichen Generalhypothek und der schlichten, gesetzlich mit jedem Schuldvertrag gegebenen Vermögenshaftung, welche nur das Zugriffsrecht gegen die schuldnerische Habe gibt, also der einstigen obligatio generalis entspricht, aus deren gerichtlicher Supplierung sie auch hervorgegangen ist. Hier kann von einem grossen natürlichen Gegensatz nicht die Rede sein. Die besonders eingeräumte Generalhypothek ist bloss

eine stehen gebliebene obligatio generalis. Und so ist denn hier noch einmal zu sagen: Sobald man erst zu der Vorstellung einer vom Besitz des Schuldners unabhängigen (nach der Terminologie der modernen Doktrin erst jetzt dinglich wirkenden) (General-)Hypothek gelangt war, erscheint auch sofort die Tendenz, die Vermögenshaftung schlechtweg mit dieser weitergehenden Wirkung auszustatten. Denn — immer wieder, nur das bietet die Erklärung — sie ist eben von vornherein grundbegrifflich mit der wirksameren Hypothek als obligatio bonorum identisch.

Aus dem mittelalterlichen Satzungsrecht sind also die merkwürdigen haftungsrechtlichen Einrichtungen und Vorstellungen des ancien droit abzuleiten. Ebenso ist zu sagen, dass auch in der näheren Ausgestaltung der Hypothek unzweifelhaft die alte „Satzung" wiederzuerkennen ist.

Aber nun stehen wir vor der merkwürdigen Erscheinung, dass das deutsche und das französische Pfandrecht demselben geschichtlichen Boden entsprangen, dass jenes bewunderungswürdige moderne Pfandrecht, von welchem wir ausgegangen, und jenes andere, das wir in den Rechten des 16.—18. Jahrhunderts und vor allem und am längsten in den französischen Quellen antrafen, dass diese beiden Systeme im weiteren Sinne des Wortes deutsch, sie beide germanisch sind. Und noch merkwürdiger: gerade in dem zweiten, praktisch so viel schlechteren System finden wir die im mittelalterlich-deutschen Satzungsrecht schlummernden Vorstellungen am besten bewahrt, am konsequentesten durchgeführt. In der Tat, es muss noch einmal hervorgehoben werden: die französische Hypothek ist eine Satzung, sie ist es heute noch. Und wenn sie einstens obligation hiess und war, so trifft dies auch noch für das neueste Recht in vollem Umfange zu. Die französische Hypothek ist Obligation, nur Obligation. Aber gerade hierin liegt die Erklärung für den tiefgreifenden Unterschied zwischen der französischen und der deutschen Hypothek. Obschon beide deutsch, ist diese letztere eben doch nicht mehr Satzung und damit doch nicht mehr ausschliesslich Haftung. Dahin gehende Erklärungsversuche müssen u. E. versagen. Zum mindesten führten sie dahin, in der französischen Hypothek ein grundbegrifflich viel lucideres, korrektes Gebilde zu erblicken. Aber

dies Lob des satzungsmässigen Hypothekarsystems wäre ein Lob seiner Schwächen und seiner Inferiorität. Unsere Hypothek hat andere Elemente in sich aufgenommen, Elemente, die allerdings auch einheimischer Herkunft sind, die aber nicht dem Obligationsgebiet angehören, sondern demjenigen des Reallastenrechtes. Hier holte sie sich in einer Anlehnung, die für manche Rechte genau verfolgt werden kann, wesensbestimmende neue Elemente und vielfach gerade in ihnen die starken Wurzeln ihrer Kraft. Sie wurde durch sie in erster Linie eine selbständige dingliche Belastung des Grund und Bodens, eine dingliche Schuld (Gierke), zu welcher erst noch eine Haftung hinzutrat (bezw. hinzutreten konnte, worüber in einer besonderen Abhandlung zu sprechen sein wird). Das Satzungs-Obligationsrecht allein hätte also nicht genügt, um auf die Dauer ein starkes und gesundes Hypothekarrecht abzugeben. Aber das war das Verhängnis für die französische Entwicklung: Eine in ihrer Art hochentwickelte und einflussreiche romanistische Doktrin hat zwar nicht eine Romanisierung der dortigen Hypothek zu erzielen vermocht, aber sie war doch stark genug, um die Verbindung mit dem Reallastenrecht, die in ungehinderter natürlicher Entwicklung auch hier ganz unzweifelhaft stattgefunden hätte, zu unterbinden.

Die Geschichte des französischen Pfandrechts führt somit zu grundbegrifflichen Untersuchungen, die auch für die Dogmatik des neuesten Rechtes von Interesse sein können. Indessen weckt die mittelalterliche obligatio generalis noch eine ganze Reihe anderer Fragen, Fragen die uns vor das haftungsrechtliche Problem des vormittelalterlichen Rechts stellen. Denn wie ist nur eine derartige Generalobligation zu erklären, die weder den Schuldner in seinen Dispositionen einschränkt, noch ein gegen Dritte wirkendes Recht, sondern nur für den Fall der Nichtbefriedigung eine Exekutionsmöglichkeit in das noch beim Schuldner befindliche Vermögensobjekt gibt? Dass ein solches Recht sich nicht unmittelbar aus dem Schuldvertrag ergibt, ist allerdings bekannt. Aber es fliesst doch von selbst aus der Haftung der Person? Dahin geht denn auch die z. Z. wohl herrschende Auffassung. Aber die Existenz der obligatio generalis gerade in der geschilderten Gestalt lässt diese Auffassung als doch wohl nicht haltbar erscheinen. Viel-

mehr legt dieses Institut Zeugnis ab von der Herrschaft ganz anderer Haftungsgrundsätze. Es ist nicht richtig, dass uno actu eine persönliche Haftung begründet werden kann, welche die Person in ihrem körperlichen Substrat und gleichzeitig ihre (übrige) gesamte wirtschaftliche Existenz dem gläubigerischen Zugriff zugänglich machte. Das mittelalterliche Recht kennt vielmehr wie den Grundsatz der Vertraglichkeit der Haftungserrichtung, so auch den der Spezialität. Es haftet, was eingesetzt wird. Der Inhalt der Haftung richtet sich also stets nach der Beredung. Wie ist ein solch enges, gebundenes Haftungsrecht zu erklären? Wie ist es wohl geworden?

Wenn die dargelegte Auffassung zutreffend ist, dann dürfen wir nicht erwarten, dass das germanische Altertum eine „persönliche" Haftung gekannt habe, aus welcher Zugriff auf das Vermögen und Zugriff auf die Person (mitsamt den evtl. eintretenden Pönalfolgen) sich als ein einheitliches Recht ohne weiteres ergabe. Vielmehr muss dann auch das älteste Recht eine quasihypothekarische Haftung des Vermögens — natürlich zunächst nur des Fahrnisvermögens — und eine „reine" d. h. selbständige, isolierte, ausschliessliche Haftung der Person gekannt haben. Und ein solcher — volksrechtlicher — Zustand lässt sich u. E. allerdings nachweisen.

So sind es denn weite Wege, welche die realen Zusammenhänge der geschichtlichen Entwicklung uns gehen liessen. Sie führen von dem ältesten Rechtszustand, von einer Zeit der Bar- und Realverträge und der ausschliesslichen Herrschaft des Faustpfandprinzips zu dem germanischen Wadiationsrecht und zur quasihypothekarischen Vermögenshaftung und weiter zur mittelalterlichen obligatio generalis und obligatio specialis und endlich hin zur neueren Pfandrechtsentwicklung und zu den grundbegrifflichen Bestimmungen des Code. Aber diese Jahrtausende umfassende Entwicklung konnte nicht ihre gleichmässige und in allen Teilen gleich ausführliche Darstellung erfahren. Dies hätte eine nicht zu bewältigende Aufgabe gebildet und hätte ich sie mir vorgenommen, so wäre dies sicherlich ein nicht zu rechtfertigender Mangel an Selbstbeschränkung gewesen. Ich muss aber nochmals bemerken, dass der Ausgangspunkt für die folgenden Untersuchungen im neueren Pfandrecht gelegen hat. Dann aber veranlassten mich die Resultate, immer wieder

weiter auszuholen. Die Quellen hatten schlechterdings etwas zwingendes. Teils war der allgemeine Rechtszustand, den sie widerspiegelten, derart, dass seine Aufhellung ein Zurückgehen auf ältere Perioden unerlässlich machte. Teils stiess ich auf Findlinge, auf eratische Blöcke, die ganz unmittelbar Kunde von dem einst lebendigen Wirken jetzt überwundener Vorstellungen ablegten. Sie nicht unbeachtet zu lassen, hielt ich für meine Pflicht. Zum wenigsten musste ich von ihnen berichten. Aber der Versuchung war nicht zu widerstehen: sie zu deuten und die Mutmassungen über ihre Herkunft zu äussern und zur Diskussion zu stellen. So galt es manchmal den Plan zu erweitern, ihn umzustürzen. Aber unter diesen Umständen war es oft nicht leicht, die Einheitlichkeit der gesamten Darstellung zu wahren und das eine oder andere Kapitel hat auch noch nach formellem Abschluss des Ganzen seine wiederholte Umarbeitung erfahren müssen. Es geschah jeweilen, um die Homogenität des Ganzen zu fördern — die Gefahr aber war vorhanden, dass sie durch die nämliche Umarbeitung an anderer Stelle wieder zu Schäden käme. In einer wichtigen Frage ist es mir denn auch nicht gelungen, diese angestrebte Geschlossenheit zu erzielen. Und diese Frage betrifft das Treugelöbnis. Für diese Teile der Darstellung muss ich selbst an die Vorsicht des Lesers und damit notgedrungen auch an seine Nachsicht appellieren. Das erste Kapitel des ersten Teiles bringt den Nachweis, dass die Grundbegriffe von Schuld und Haftung in den mittelalterlich französischen Quellen genau dieselben sind, wie im sächsischen Recht. Schon dass es sich um den Nachweis einer Übereinstimmung handelt, besagt, dass es dabei auf irgend eine neue Argumentation in keiner Weise abgesehen ist. Kapitel 2 bringt das Treugelöbnis zur Darstellung. Die Ausdrucksweise der Quellen ist auch in Hinsicht auf dieses derjenigen in den sächsischen Quellen durchaus gleich. Aber gerade diese Ausdrucksweise und ferner die eminente selbständige Bedeutung der obligatio generalis, welche das Vermögen haftbar macht, musste zu der Überzeugung führen, dass der fragliche Formalismus keineswegs einer persönlichen Haftung von anthropozentrischem und universellem Inhalt diene, dass er vielmehr nur die Person selbst, ihren Körper, ihre Ehre, darüber hinaus aber weder direkt noch indirekt das Vermögen dem Gläubiger

unterwerfe. Mit dieser Modifikation glaubte ich allerdings, die Auffassung Puntscharts mir zu eigen machen zu dürfen. In diesem Rahmen schien mir seine so glückliche und eindringliche Darstellung den Quellen durchaus gerecht zu werden und weiter die kritische Sonde anzulegen, dazu schien mir jede Veranlassung zu fehlen. Sind doch die zahllosen Gelöbnisformeln so klar, so unzweideutig wie nur möglich und es schien beinahe überflüssig, die Probe aufs Exempel zu machen. Und doch haben wir dazu die Mittel in der Hand. Sie liegen im Exekutionsrecht. Dem Inhalt der Obligation muss die Exekution entsprechen. Und da machen wir denn die überraschende Wahrnehmung, dass die Exekution nicht gibt, was das Treugelöbnis nach unserer Auslegung versprochen hat. Die Rechnung stimmt nicht. Schon in Teil I (Kap. 3) kommt dies zum Ausdruck. Aber ich muss gestehen, dass ich mir über die Tragweite dieser Erscheinung erst später volle Rechenschaft ablegte. Aber nachgerade erhoben sich die allerschwersten Bedenken. Das vierte Anhangskapitel macht sie (sub B) in Kürze namhaft. So ungern ich mich nun auch auf diese kritischen Bemerkungen beschränke — wir haben reichlich genug Nur-Kritik — so muss ich mich für den Augenblick doch bescheiden. Ich hoffe in einem besonderen Aufsatz diesem Problem nähertreten zu können. Vielleicht bietet sich dann auch Gelegenheit, einigen haftungsrechtlich bedeutungsvollen Formen der Prozesseinleitung und den Voraussetzungen des Klagerechtes eine Aufmerksamkeit schenken zu können, die ihnen vorläufig versagt werden musste.

Ein Wort der Rechtfertigung erheischen wohl noch die drei ersten Kapitel des Anhanges. Es mag kühn erscheinen, auf einigen Seiten das germanische Haftungsrecht abhandeln zu wollen, vollends wenn dabei in dem einen oder anderen Punkt die Stellungnahme von der herrschenden Auffassung stark abzuweichen scheint. In erster Linie ist zu bemerken, dass diese drei Kapitel i. W. in der vorliegenden Form niedergeschrieben wurden zu einer Zeit, da ich mich nur erst mit dem neueren französischen Pfandrecht beschäftigte. Dieses selbst führte mich zur näheren Betrachtung des mittelalterlichen Rechtes. Und nun konnte mir nicht mehr entgehen, dass die beiden Bilder, dasjenige, welches die ältesten Quellen mir geboten hatten und dasjenige des mittelalterlichen Rechtes ganz ungezwungen aufs beste

einander ergänzten. Zwei Ausgangspunkte und dasselbe Resultat. Dazu kommt ferner, dass die Quellen des vierten Anhangskapitels mich wiederum unmittelbar auf das germanische Recht zurückwiesen, so dass ich nun nicht mehr zögern zu dürfen glaubte, diese Skizze mit zum Abdruck zu bringen. Dabei mag es zunächst wohl fremdartig anmuten, wenn etwa von einer germanischen Mobiliarhypothek gesprochen wird. In Wirklichkeit glaube ich aber nur an feine haftungsrechtliche Terminologie gebracht zu haben, was schon längst zum unbestrittenen Bestand unserer Kenntnisse gehört. Von besonderer Bedeutung ist dabei Brunners Erklärung des fünfzigsten Titels der lex Salica. Diese Erklärung — aber auch nur sie — ergibt unmittelbar ein glaubwürdiges, natürliches Bild der ältesten Stadien der Entwicklung der Vermögenshaftung.

Das nordgermanische Recht unterstützt im übrigen, wie ich denke, aufs wirksamste die dargelegte Auffassung. Überaus bedeutsam ist aber, dass neuerdings auch das älteste römische Haftungsrecht eine Beleuchtung erfahren hat, die genau analoge Resultate ergab. Bereits ist zwar (von Becker, Z. f. R G., R. A. Bd. XXIII, 1902 S. 22) wieder davor gewarnt worden, unser Wissen von dem ältesten Recht eines Volkes zur Aufhellung des Zustandes bei einem andern zu verwerten. Und gewiss ist alle Vorsicht am Platz. Wird sich doch nachweisen lassen, dass selbst im Rahmen des südgermanischen Rechtes die Ausgangspunkte für die ganze haftungsrechtliche Entwicklung in den verschiedenen Rechten grundverschiedene waren. Deshalb ist in der Tat nicht von vornherein eine Übereinstimmung etwa in den arischen Rechten anzunehmen. Aber diese Bedenken weichen denn doch, wenn die Übereinstimmung eine so weitgehende ist, wie dies in Bezug auf die obligatio personae nach den neuesten Forschungen von Mitteis (Z. f. R. G., R. A. Bd. XXII, 1901 S. 96f.) tatsächlich der Fall ist: Er weist nach, dass das nexum in der Pfandsetzung der Person besteht. Dieses Personalpfand verhaftete die Person, nur die Person. Genau dasselbe ist für die germanische persönliche Haftung nachzuweisen, und wiederum herrscht völlige Übereinstimmung, wenn dieser Personalverpfändung nur eine subsidiäre Stellung zugewiesen wird. Endlich trifft es wieder genau den Sinn des altdeutschen Haftungsrechtes, wenn Mitteis vom römischen nexum annimmt,

es sei nur zur Abwendung schlimmerer Folgen begründet worden.

Zum Schluss noch einige Bemerkungen zum Quellengebiet, auf welches sich die Darstellung stützt. Der Titel verspricht eine Untersuchung nach fränkischem Recht. Das ist schon insoweit nicht ganz zutreffend, als die Hypothek nur gerade in ihrer französischen Erscheinungsform zur Schilderung gelangt und man hier wirklich nur noch von französischem, nicht mehr von fränkischem Recht sprechen kann. Aber auch in der vorausgehenden Geschichte der Vermögenshaftung und der Satzung finden gerade die für uns sonst wichtigsten fränkischen Quellen, nämlich diejenigen des deutschen Sprachgebietes, keine eingehendere Berücksichtigung. Warum also nicht „Vermögensh. und H. nach fränkisch-französischem Recht"? Das wäre anspruchloser gewesen. Aber wir können uns der Ansicht nicht erwehren, dass wir der Sache selbst jene Praetention schuldig sind, die uns keck das „Fränkisch" über das Ganze setzen hiess. Denn es kommen da in ausserdeutschen Rechtsquellen germanische Rechtsgedanken zu einer so konsequenten, so geschlossenen, so einheitlichen und reinen Abwicklung, dass es unzweifelhaft in die Erscheinung tritt: Es konnte nur die Einheit eines einzigen und starken, ja des stärksten Stammesrechtes sein, die sich hier aller Berührung mit fremdem Recht und allem Partikularismus, ja aller nationalen Spaltung und teilweisen Entnationalisierung zum Trotz in bewunderungswürdiger Weise durchsetzte. Allerdings muss man da von einem „starken" Stammesrecht reden. Das ist nur die Kehrseite, oder vielleicht besser, die unerlässliche Voraussetzung, die Grundlage selbst jener sieghaften Expansionskraft, wie sie dem fränkischen Recht — trotz aller Bedenken, die man gegen Sohms Auffassung geltend gemacht hat — eben doch eignete. Diese Stärke besteht dabei in der wirklich erstaunlichen Zähigkeit, mit welcher sich die germanischen Vorstellungen erhalten, wodurch ein bestimmtes Privatrechtsinstitut in seinem Wesen auch bei weitester Fortentwicklung immer noch dasselbe bleibt und immer noch unzweifelhaft die markanten Grundlinien der ursprünglichen Anlage erkennen lässt. Und nicht — durch lange Jahrhunderte hindurch nicht — vermag ein fremdes Recht diese Zirkel zu stören. Nur was sich absorbieren lässt, wird

aufgenommen, römisches Recht, das sich beugt, das sich frankonisieren lässt.

Dafür bietet schon das Recht der pays de coutumes genug Beweise. Dies koutumiäre Recht gelangt im ersten Teil zur Darstellung. Hier glaube ich mich überall ohne alle Einschränkung auf den allergewichtigsten Zeugen, auf Beaumanoir, stützen zu können. Sein geniales Werk, das uns mit seiner durchdringenden Systematik, seiner synthetischen Kraft und seinem glänzenden Stile geradezu modern anmutet, zeigt ja, wie souverän, nun — wie fränkisch sein Verfasser dem römischen Recht gegenübergestanden hat. — In den nämlichen Kapiteln gelangen aber auch die südfranzösischen Quellen, also aus den pays de droit écrit zur Besprechung. Und hier zeigt sich auf's Glänzendste die Überlegenheit des fränkischen Rechts. Auf die Goten hat — immer für die hier in Frage stehenden Rechtsinstitute — nicht etwa das römische, sondern das fränkische Recht massgebenden Einfluss erlangt. Das gilt ja wohl vielfach selbst noch für spanische Quellen. Für Südfrankreich ist es unzweifelhaft: Hier hat auch die gotische Bevölkerung das fränkische Haftungsrecht, die fränkischen satzungsrechtlichen Vorstellungen sich angeeignet. Nicht minder aber blieben die Franken Sieger, wo sie sich mit den Römern massen. Ununterbrochen galt ja fort und fort römisches Recht für einen beträchtlichen Teil der Bevölkerung. Früh drang in lebhaftem Verkehr mit Italien die Kunde von den wiedergefundenen justinianischen Quellen nach Südfrankreich. Und mit Begeisterung wurde hier schon vom 12. Jahrhundert ab römisches Recht gelehrt und gelernt. Ja man möchte glauben, es hätten kaum die Voraussetzungen gefehlt, die zu einer Übernahme des römischen Rechtes in Bausch und Bogen zu führen vermocht hätten. Die Kultur- und Rechtsgeschichte zeigt wie sehr gerade in diesen Ländern um 1200 Sturm und Drang herrschte und das Streben nach Emanzipierung des Individuums die Geister erfüllte. Es war eine Zeit, die selbst Erscheinungen reifte, die wohl an naturrechtlichen Rationalismus gemahnen (vgl. unten 268 N. 1). Mochte man da nicht dem Individualismus des römischen Rechtes zueigen und sich ihm völlig hingeben? Die Rechtsgeschichte kündet anderes, besseres. Das gesamte Haftungsrecht, wie es hier im 13. und 14. Jahrhundert in der tatsächlichen Übung des Lebens stand, war

nach wie vor rein fränkisch. So zäh und treu und trotzig wie nur eine Eiche steht dies Recht. So lebt hier die germanische Bürgschaft noch fort (wir werden in einem späteren Aufsatz darauf zurückzukommen Gelegenheit haben) und so ist denn hier die jüngere Satzung der vorweg genommene Königsbann. Ja gerade hier findet sie als solchen ihren denkbar schärfsten Ausdruck, so scharf und unzweideutig, wie wir ihn im ganzen südgermanischen Rechtsgebiet wohl nur noch ein einziges Mal wiederfinden — in den pays de nantissement.

Das Recht dieser Länder gelangt im dritten Kapitel des zweiten Teiles zur Darstellung. Dieser ganze Teil ist der Entwicklung vom 16. Jahrhundert ab gewidmet. Zeitlich gehören auch die besagten Quellen hierher. Und nicht nur zeitlich. Ihrer Ausgestaltung und äusseren Erscheinung nach nehmen sich diese Stadtrechte aus wie moderne Kompilationen. In systematischer und umfangreicher Weise regeln sie das ganze Gebiet des Privatrechts und sie erfahren zudem von hervorragenden Juristen, die mit dem ganzen Apparat gelehrter Dogmatik arbeiten, ihre sorgfältige und ausführliche Kommentierung. Aber in dieser modernen Form kommt altfränkisches Recht zur Darstellung. Und — der Parallelismus zu den Quellen des äussersten Südens gerade in den uns hier interessierenden Fragen drängt sich auf: Hier heisst die Hypothek (jüngere Satzung) Arrest (bannum), dort Sperre (empechement) oder Verbot (défense). Hier wird sie begründet durch Konzedierung von seiten des königlichen Vikarius oder des Gerichtes, dort indem die Güter in die Hand des Königs gelegt werden, — die Güter: hier wie dort können es auch Mobilien sein. Hier wie dort das nämliche, das einzige fränkische Recht. Aber in den pays de nantissement bis ins 18. Jahrhundert hinein. Und noch in einer Zeit, die so allen historischen Sinnes bar und deshalb gerade gegen das deutsche Recht so verständnis- und pietätlos gewesen wie keine zweite, leben hier die Formen der reinen Sach- und der reinen Personenhaftung, und sorgfältig behütet, auch der Festukationsformalismus der symbolischen Investitur u. a. m. Wahrlich, das sind Hochburgen altfränkischer Rechtsvorstellungen, Und erst dem Sturm der Revolution, der sie, ihrer Schönheit und ihrer Vorzüge nicht achtend, niederreisst, erliegen sie. Bis dahin waren sie die Bewunderung und der

Neid der Rechtsgelehrten Frankreichs gewesen und der Stolz dieser kleinen Länder selbst, welche denn auch allen königlichen Ordonnanzen und allen Doktrinären und allen feindlichen Zeitströmungen zum Trotz in unwandelbarer Treue an dem Erbe ihrer Väter festgehalten hatten.

Es sei an dieser Stelle Herrn Geheimrat Brunner bestens für die Anregung gedankt, auch noch das grosse belgische Quellenwerk: Anciennes Coutumes de la Belgique in die Betrachtung einzubeziehen. Verschiedene belgische Quellen wurden schon in dem eben genannten Kapitel verwertet. Aber es geschah zum Teil geradezu aus dem Gesichtspunkt heraus, dass die betreffenden Provinzen in der Periode, die zur Rede stand, ja auch französisch geworden seien und es handelte sich denn auch nur um Quellen, die ich in (älteren) französischen Quellenausgaben vorfand. Und jedenfalls blieben die vlämischen Quellen unberücksichtigt. Trotz des neuen Kapitels, das nun die Ergebnisse aus den neuen belgischen Quellen zur Darstellung bringt, müssen die früher schon verwerteten Quellenstellen ihren Platz in dem genannten dritten Kapitel behalten. Sie dienen dort zur Stützung eines geschlossenen Gedankenganges, der sich i. W. auf das Hypothekarrecht bezieht. Die Anciennes Coutumes boten nun gerade nach dieser Richtung hin nichts wesentlich neues. Dagegen war der Blick gefesselt durch Quellenzeugnisse, welche, obschon i. A. jüngern Datums doch altes, oft geradezu vorkarolingisches Recht widerspiegelten. Die Zweiteilung war also unter keinen Umständen zu vermeiden und die belgischen Quellen gaben die natürlichste Ergänzung der drei ersten Anhangskapitel ab. Vom Treugelöbnis abgesehen, hat dies neue Quellengebiet in allen Teilen neue und zum Teil überraschende Bestätigungen der aus den französischen und den germanischen Quellen abgeleiteten Auffassungen ergeben. Am meisten vielleicht gerade für das älteste Recht. Das war Grund genug zu einer letzten Erweiterung der Arbeit: Es wurden auch noch die holländischen Quellen in den Kreis der Betrachtung einbezogen. Hier finden wir oft noch ein reingermanisches Haftungsrecht erhalten. Insoweit können diese nördlichsten Quellen des südgermanischen Gebietes geradezu als Übergangsgebiet betrachtet werden, das zu den nordgermanischen Quellen hinüberleitet. Schon dort also stossen

wir auf jene um mehr denn ein halbes Jahrtausend zurückgehaltene und um so viel uns näher gebrachte Entwicklung, die allen diesen Quellen ein so hervorragendes geschichtswissenschaftliches Interesse sichert, ein Interesse, das allerdings gerade den belgischen und holländischen Quellen noch nicht in dem Masse geschenkt wurde, wie sie es verdienen.

Und das ist denn überhaupt noch zu bemerken: wie viel zu tun übrig bleibt. Nach zweifacher Richtung hin. Was einmal die verschiedenen Quellengebiete betrifft, die hier auf einige bestimmte Probleme hin untersucht wurden: das sind trotz aller wertvollen Beiträge, die uns diese Gebiete schon längst nähergebracht haben, doch noch weite brachliegende Felder, die eifriger Bebauer harren, denen sie reiche Frucht zu glücklicher Ernte versprechen. Und dann wiederum in der Sache selbst. Die Wiedereroberung des geschichtlichen Obligationsbegriffes war eine bedeutende Tat. Gilt doch die Tätigkeit der Dogmatik zu einem wichtigen Teil der Konsolidierung der oberen und obersten Privatrechtsbegriffe. Der Erfolg dieser Restaurierungsarbeit war denn auch ein unbestrittener, grosser. Dennoch ist die monographische Verwertung auf dem Gebiet geschichtlicher Forschung bis anhin eine ziemlich spärliche geblieben. Aber es ist unerlässlich, die haftungsrechtlichen Institute auf der neuen grundbegrifflichen Basis zu neuer Darstellung zu bringen. Die Vermögenshaftung nach den deutschen, insbesondere deutschfränkischen Quellen und die Geschichte des Treugelöbnisses sind es vor allem, die dringend einlässlicherer Untersuchung bedürfen. Darüber hinaus gilt es aber auch, dem Haftungsbegriff zu geben, was ihm gehört, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Ist denn alle Zwangsreaktion gegen den Schuldner auf Haftung zurückzuführen? Auch im ältesten Recht? Und wie verhält es sich damit im modernen Recht? (Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, kann hier nur noch namhaft gemacht werden). Wie weit wird die Erkenntnis der älteren Satzung durch den Haftungsbegriff gefördert? Und ist mit ihm wohl gar das ganze Gebiet des Reallastenrechtes zu erklären, der Schlüssel also gefunden, der ohne weiteres das Wesen etwa der Rente wie dasjenige

der Grundschuld uns erschliesst? Wir erwarten, im Gegensatz zu schon geäusserten Ansichten, manches Nein. Aber sei dem, wie ihm wolle, diese nachprüfende und umwertende Arbeit muss getan werden. Und je eher dies geschieht, desto besser.

Berlin, im Juni 1903

Der Verfasser.

Quellen.

[Vergl. Brunner in Holzendorffs Encyklopädie 1890 S. 305 f. u. S. 318; Viollet, Histoire du droit civil français, 2. Aufl. S. 135 f., Schröder, Rechtsgeschichte, 4. Aufl. S. 685, Warnkönig u. Stein, Französische Staats- u. Rechtsgeschichte 1846—48, Franken, Französisches Pfandrecht, Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte 1835—42.]

Cout. der Stadt Aldenarde (Audenarde) herausgeg. von Graf Limburg-Stirum (A. C. d. B.) 1882, 86.

Cout. d'Alost (Aalst), herausgeg. von Graf Limburg-Stirum 1872 (A. C. d. B.)

Coutumes tant generales que locales et particulieres du Bailliage d'Amiens 1567. Paris 1575.

Coutumes d'Amiens 1507. B. de R. I 128.

Coutumes locales du Bailliage. d'Amiens Ed. Bouthors. Amiens 1845 (Doc. inéd.)

Coutumes loc. d'Angle (Comté d'Artois) B. d. R I 305.

Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine. Ed. Beautemps-Beaupré. Bd. I: Manuscr. A-E. Bd. II: Manuscr. F. Bd. III: Manuscr. G-J. Bd. IV: Manuscr. K-N.

Antwerpen: C. d'Anvers I—VII, 1870—78, herausgeg. von De Longé (A. C. d. B.) „Antiquissima" Bd. I, 90, „Impressae" II, 1.

Argou: Institution du droit français. 2e Ed. I und II Paris 1771.

Statuta s. leges municipales Arelatis. Giraud II 185.

Coutumier d'Artois (Anciens usages, Ende 13. Jahrh.) Ed. Tardif. Paris 1883.

Coutumes générales d'Artois avec des Notes par A. Maillart. Paris 1624.

Cout. de la ville et Chast. d'Audenarde B. d. R I. 1103.

Basnage: Traité des hypothèques 1724.

Balasque: Etude sur Bayonne 1869.

Les Fors de Béarn. Ed. Mazure et Hatoulet. Pau et Paris 1845.

Beaumanoir, Coustumes du Beauvoisis, Ed. Salmon: Collection de texte p. s. à l'étude de l'hist. Paris 1899, 1900.

Costumen van Befferen ende Putte, Antwerpen VII 496 (A. C. d. B.)

Statuts et cout. de Bergerac. B. d. R. IV 1005 (vergl. Ord. XII, 532).

Priv. du Chap. de St. Bernard de Romans en Dauphiné. Ord. III 269.

Binche, Faider, Hennegau, III 543 (A. C. d. B)

Boullenois, Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariét des loix et des coutumes, Paris 1732.

Coutumes du Boulonnois. Ed. Le Camus d'Houlouve. Paris 1777.
Bourdot de Richebourg, (Abbr.: B. d. R.) Coutumier général, Paris 1724. 4 Bde.
Les anciennes Coustumes de Bourges B. d. R. III 875.
Coustumes et Stilles gardez ou duchié de Bourgoigne. Giraud II 268.
Bouridan vide Reims.
Bourjon: Le droit commun de la France et de la Coutume de Paris. Paris 1747.
Boutoiller: Somme rural. Ed Charondas le Caron. Paris 1611.
Bouthors vide Amiens.
La très ancienne coustume de Bretaigne. B. d. R. IV 199.
Het rechtsboek vanden Briel, beschreven door Jan Matthijssen, herausgeg von Fruin u. Pols. 1880 (O. V. R.)
Cout. der Stadt Brügge, herausgeg. von Gilliodts van Severen 1874—75 (A. C. d. B.)
Cout. des Landes der Freien von Brügge, herausgeg. von Gilliodts van Severen 1879—80 (A. C. d. B.)
Cout. de la cour féodale de Bourg do Bruges B. d. R. I, 585 (jetzt Gilliodts van Severen A. C. d. B.)
Cout. gén. de la ville de Cambray, Ed. Pinault Sr. de Jaunaux, Douay 1691.
Boeck van Rechten der Stad Campen, das guldene Boeck, Overijsselsche Stadregten, eerste Stuk.
Campen, Stadtrecht des Dr. Croeser, Overijsselsche Stadrogten, elfte Stuk.
Casterlé, Antwerpen VII, 120 (A. C. d. B.)
Le grand Coustumier de la France, Ed. Laboulaye et Dareste, Paris 1868.
Constumes tenues toutes notoires et jugées au Chastelet de Paris, in Brodeau, Paris. II 527.
De oudste Rechten der stad Dordrecht, herausgeg. von Fruin 1882 (O. V. R.)
Coustumes de Douay. Gand 1777.
Decisions de Messir Jean Desmarès in Brodeau, Paris II 559.
Domat: Les Lois civiles dans leur ordre naturel. Paris 1694—95.
Les Etablissements de Saint Louis, Paris 1881—86. Ed. par P. Viollet.
Cout. gen. du bailliage et comté d'Eu. B. d. R. IV 166.
Ferrière vide Paris.
Cout. de Franc 1619 B. d. R. I 602.
Cout do Furne B. d. R I 633 f. Jetzt zu vergl. C. der Stadt Furne, herausgeg. ven Gilliodt van Severon 1896/97 (A. C. d. B.)
Grande charte de Gantois, C. von Gent S. 426 f.
Coutumes der Stadt Gent (Gand), herausgeg. von Ghedolf 1868 (A. C. d. B.)
Gheel, Antwerpen VII 326 (A. C. d. B.)
Giraud, Essai sur l'histoire du droit français, Paris 1856.
Cout. de Gorze 1624, B. d. R. II 1073.
Stadtbuch von Groningen, herausgeg. von Telting (O. V. R.)
Guichard, Code hypothécaire, ou instruction sur la loi du 11 Brumaire an VII.
Stadregt van Hasselt, Overijss. Stadregten, vierde Stuk

Cout. gén. de Haynault 1534, B. d. R. II 1. (vergl. folg. Ang.)
Hennegau: C. de Hainaut, herausgegeben von Faider I—III, 1871—83 (A. C. d. B.)
Charte gén. des Hennegau vom Jahre 1619, Faider II 89.
Assises et bon usages du royaume de Jerusalem. Ed. Jean d'Ibelin, Paris 1890. Ed. Beugnot, Rec. des hist. des crois. Lois. 1841—43.
Leidsche Rechtsbronnen uit de Middeleeuven, herausgeg. von Blok 1884. (O. V. R.)
Li Livres de Jostice et de Plet, ed. Rapetti, Paris 1850 (Doc. inéd.)
Jourdan, Decrusy et Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises. Paris 1827. 28 Bde.
Cout. d'Jpre B. d. R I 821.
Kiel, Antwerpen V 1875 (A. C. d. B.)
Laurière vide Paris.
Coutumes de Liège, herausgeg. von Raikem und Polain, 3 Bde. 1870—84. (A. C. d. B.)
Commentaire sur les Coutumes de la Ville de Lille et de sa Châtellenie, par Patou 1788, 90.
Bd. I und II Commentaire sur la coutume de la Ville de Lille.
Bd. III Commentaire sur la coutume de la Salle, Bailliage et Châtellenie de Lille.
Les Coutumes et usages de la Ville etc. de Lille. Ed. Laurent vanden Hane. Gand 1777. (Weistümer von Anappes, Seclin, Commines; Cont. de Douay; Cout. d'Orchies, Ordonnance et Edit perpetuel 1611 u. a. m.).
Roisin, Franchises de Lille, ed. Brun-Lavainne. Lille 1842.
Loisel: Institues coustumières. Nouv. Ed. par Dupin et Laboulaye, Paris et Leipzig 1846.
Loyseau: Traité du déguerpissement et délaissement par hypothèque. Paris 1665.
Locusche Landrechten, Looz (A. C. d. B.) I 39.
C. d. Lorraine, B. d. R II 118.
Cout. de Looz, herausgeg. von Crahay (A. C. d. B.) I-III 1871—97.
Cout. de Lorris, Ed. Prou 1884.
Löwen: Cout. de Louvain, herausgeg. von Casier 1874 (A. C. d. B.).
Lüttich v. Liège.
Cout. de Luxembourg. Ed. Leclercq. 3 Bde 1867—78 (A. C. d. B.).
Cout. der Stadt Maestricht, herausgeg. von L. Crahay 1876 (A. C. d. B.).
Maillart vide Artois.
Charte de Maure 1273. Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr. Bd. 18. 1894, S. 65.
Mecheln: C. d. Malines, herausgeg. von De Longé 1879 (A. C. d. B.).
Merlin, Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence. Paris 1808.
Cout. gen. de Metz 1611. B. d. R. II 395.
Ordonnances de Metz 1564 B. d. R. II 371.
Molinaeus, Opera, Paris 1681.
Cout. de Montpellier 1204 und 1205, Giraud I 47.
Regl. de la Jurisdiction du Seau de Montpellier Ord. VIII 350.

Mons, Hennegan, Faider III, s. 1 f. (A. C. d. B.).
C. de Namur, herausgeg. von Grandgagnage 1869—70 (A. C. d. B.).
Cont. de Nivernois, Ed. Dupin, 1864.
Stadtrechten van Nijmegen, herausgeg. von Krom und Pols (O. V. R.) 1894.
Grand coustumier du Pays et Duchié de Normendie B. d R. IV 1.
Les Olims, Ed. Beugnot, Paris 1839—48 (Doc. inéd.)
Stadregt. van Ootmarsum, Overijsselsche Stadregten, Zevende Stuk.
Stadrogt. von Ommen, l. c. negende Stuk.
Ordonnances des roi de France de la troisième race. Paris 1723—1847.
Cout. d'Orléans, par Pothier (I und II), Orléans 1780.
Priv. de St. Omer 1350, Ord. IV 248.
Overijsselsche Stad-Dijk-en Markeregden (Vereeniging tot Beoefning van overijss. Regt en Geschiedenis.
Oude vaderlandsche Rechtsbronnen (Abhr. O. V. R.): Werken der Vereeniging tot uitgave der Bronnen van het O. V. R.
Coutumes de Paris, comm. par Brodeau. 2 Bde. Paris 1669.
Textes des Coutumes de Paris annot. etc. par Laurière. 3 Bde. Paris 1777.
Corps et compilation de tous les commontateurs sur la coutume de Paris par Ferrière. Nouv. Ed. Paris 1719. 2 Bde.
Nouveau commentaire sur la coutume de Paris par Ferrière. Paris 1708.
Li Pawoilhars, v. Liège I 1 f.
Pathou vide Lille.
Coutumes de Perpignan. Ed. Massot-Reynier 1846.
Ancien coutumier de Picardie. Ed. Marnier, Paris 1840.
Cout. de Ponthieu 1495. B. d. R. I 81.
Cout. de Poperinghe B. d. R. I 921.
Cout. de Puymirol en Agenais 1286. Rev. hist. de dr. fr. et étr. 1887. Bd. XI S. 303.
Pothier, Traité des obligations nouv. éd. p. Bernardi, Paris 1805.
Pothier, Recueil des Traités sur les hypothèques. Ed. Hutteau. Paris 1809, Oeuvres. Bde XIII und XIV.
Statuta Provinciae Forcalqueriique comitatuum 1366. B. d. R. II 1205.
Reckheim, Looz II 327 (A. C. d. B.).
Coustumes de la Ville et cité de Rheims. Ed. Buridan. Paris 1665.
Roisin v. Lille.
Giry: Les établissements de Rouen, Paris 1883 und 1885 (Bibl. de l'Ec. des Hautes Etudes).
Salon (Statuta): Giraud II 246.
Santhoven, Antwerpen VI 1 (A. C. d. B.).
Cout. der Stadt Termonde. herausgeg. von Graf Limburg-Stirum 1896 (A. C. d. B).
Saint-Troud, Looz (A. C. d. B.) II 181.
Stadregten van Steenwijk, Overijsselsche Stadregten, eerste Deel. tiende Stuk.
Tardif: Coutumes de Toulouse, Paris 1884.
Cout. de Tournai 1340, Ord. XII 54.

Tournhout, Antwerpen VI 506 (A. C. d. B.).
De middeleeuwsche Rechtsbronnen der Stad Utrecht (O. V. R.).
Cout. de Valenciennes 1540, B. d. R. II 223.
Valenciennes (A. C. d. B.): Faider, Hennegau III 311.
Cout. de Vermandois, Ed. Beautemps-Beaupré, Paris 1858.
Cout. de Bergh St. Vinox, B. d. R. I 503.
De Dingtaal van Zuidholland, Dordrecht II 314.
Rechtsbronnen der Stad Zutphen, herausgeg. von Pijnacker Hordijk. 1881 (O. V. R.).
Die oudste Stadtrechten van Zwolle herausgeg. von G. J. Dozy 1867.

Inhaltsübersicht.

Berichtigungen.

S. 23 Z. 19 lies „coutumes“ statt coutumes (ebenso S. 28 no. 2, S. 80 no 1, S. 81 no. 5, S. 129 Z. 5, S. 178 no. 4).
S. 30 no. 11 lies: 1094 statt XXXV, 20.
S. 61 no. 3 lies „fiancer“ statt „siancer“.
S. 73 Z. 2 lies „folgert“ statt „folgt“.
S. 81 no. 6 lies „Tardif“ statt „Tandif“.
S. 85 Z. 9 lies „materielle“.
S. 92 no. 1 lies „exécution“ statt „exékution“.
S. 93 Z. 4 lies „Gerichtskreis“ statt „Gesichtskreis“.
S. 134 Z. 18 lies „dass“ statt „das“.
S. 240 Z. 12 lies „Ansprüche“ statt „Anssprüche“.

Einleitung.

Obligation und Exekution.

Der gemeinrechtlichen Lehre des 17. und 18. Jahrhunderts drängten sich bei der Begriffsbestimmung der Obligation keinerlei Schwierigkeiten auf. Man hielt sich an die „Legaldefinitionen“[1]). Völlig anders die junge Wissenschaft seit Savigny. Von allen Seiten erhoben sich Zweifel und Schwierigkeiten und das lebhafte Bedürfnis nach vertiefter und mit den obersten Privatrechtsgrundsätzen harmonierender Erfassung des Obligationsbegriffes fand in zahllosen neuen Formulierungen, neuen Theorieen und Definitionen seinen beredten Ausdruck. Häufiger als nicht erwies sich jedoch dabei der kritische Sinn der schöpferischen Kraft überlegen. Und so blieben die Probleme in stetem Flusse und der in Frage stehende Begriff einer der meist umstrittenen des Privatrechts. Nur zwei ausserordentlich merkwürdige Behauptungen schienen über jeden Zweifel erhaben. Obschon man den Begriff nicht zu erfassen vermochte, glaubte man doch zu wissen, dass die Römer denselben in einer Schärfe und Reinheit ohne gleichen ausgebildet hätten und dass dem gegenüber das deutsche Recht, schwerfällig in sachenrechtlichen Vorstellungen befangen, in seiner Ohnmacht zu einem ähnlich verfeinerten, metaphysischen, unendlich viel abstraktes Denken voraussetzenden Begriff nie gelangt sei und aus eigener Kraft nimmer hätte gelangen können.[2]) Aber diese Erkenntnis half

[1]) Ryck, Die Obligation S. 5 f. Puntschart, Valentin, Theorie des Privatrechts 1893 S. 126 f.

[2]) Vergl. statt vieler Kuntze, Die Obligation im römischen und heutigen Recht. S. 5: „Sie (die Obligation der Römer) ist recht eigentlich ihre Schöpfung. An der Obligation zeigt sich ihre Meisterschaft am höchsten, kein anderes Volk ist zu einem so abgeklärten Begriff der Obligation ge-

darüber nicht hinweg, dass die nun einmal vorhandene Unklarheit über das Wesen der Obligation bedenkliche Unsicherheiten nicht nur im engern bisherigen Gebiet der „Forderungsrechte“, sondern auch darüber hinaus zur Folge hatte. Es war ein seltsamer Widerspruch, in welchem sich Rümelin befand, als er den Begriff der Obligation dermassen weit fasste, dass auch

langt. Sie ist ein ebenso feiner als fester Rechtsbegriff, ein ebenso vollendeter als brauchbarer Lebensfaktor. Keine Rechtskultur wird der Obligation, so wie sie ist, entbehren können, keine Zeit in dieser Richtung Vollkommeneres erfinden.“ Und das ist begreiflich. Denn den Römern ist es gelungen, das Wesen der Obligation so scharf zu fassen, „abzugrenzen gegen ähnliche Gebilde, alles Verschwommene fern zu halten und die Herrschaft des Gläubigers so ab- und einzugrenzen, dass die ätherische Gestalt der Obligation ihre festen Umrisslinien hat. Was es damit auf sich hat, dass der römische Rechtssinn jene zweite Welt von Rechtsobjekten in der menschlichen Willenssphäre entdeckte, erschloss und gestaltete, das lernt man am besten würdigen, wenn man daneben den so wenig durch- und ausgebildeten germanischen Begriff der „Schuld“ stellt, welcher gestaltlos sich wie ein Nebel durch germanische Urwälder zieht, nirgends recht greifbar ist und sich bald rechts, bald links mit häuslichen Subjektionsverhältnissen, mit publizistisch-vasallitischen Treubeziehungen — — — etc. aller Art berührt und mengt.“ 101 ff. — Welch anderes Landschaftsbild hat sich doch v. Amira bei seinem näheren Hinzutreten an Stelle jener brumösen Urwälder geboten. Und wie sehr können wir uns an dem Anblick des wiedergewonnenen und in immer hellerem Tageslicht strahlenden Landes erfreuen! — Kuntze meint übrigens, dass nicht nur an Stelle jener Frohnden und anderen Subjektionsverhältnisse Obligationen römischen Stils getreten seien, sondern dass auch Institute von ursprünglich entschieden sachenrechtlicher Natur wie die Reallast sich hätten gefallen lassen müssen in den gleichen Rahmen der siegreichen römischen Obligation gespannt zu werden. Demgegenüber nehmen sich die bitteren Klagen über die zahllosen der Obligation gewidmeten Konstruktionsversuche der Neuern nicht allzugut aus. „Alle kämpfen gegen alle.“ Steinbach in den juristischen Blättern II. 1873 S. 609 ff. Das deutsche Recht, die moderne germanistische Rechtswissenschaft und die Entwickelung des Verkehrs führen nach St. zu einem förmlichen Zerfall des bisherigen Obligationsrechts und dieser Zerfall kann auch nicht bedauert werden. Noch in weiterem Sinne, als St. es vermuten konnte, ist dies richtig, freilich nicht dem wirklichen röm. Obligationsbegriff gegenüber, wohl aber gegenüber dem von der Doctrin bis jetzt als solchem angenommenen. — Über den angeblich inferioren und vom römischen wesentlich abweichenden deutschen Obligationsbegriff vergl. auch Delbrück: Übernahme fremder Schulden 3 ff, 10 ff. Dagegen schon Windscheid krit. Überschau I. 1853 S. 38. Jetzt bes. Heusler, Institutionen I 375.

die dinglichen Ansprüche und selbst die familienrechtlichen Verpflichtungen unter ihn fielen und gleichzeitig den römischen Juristen darüber Lob spendete, dass sie sich um die Definition der Obligation und ihre Abgrenzung nicht allzu intensiv bemüht hätten[1]). Uns scheint vielmehr die Aufgabe, diesen grundlegenden Begriff richtig zu erfassen, um so bedeutsamer, je weiter sich die Zugehörigkeits- oder doch Einflusssphäre desselben erstreckt. Wie sehr aber von unserer Festsetzung des Obligationsbegriffes beispielsweise die Anschauungen über das Wesen des Pfandrechts alteriert werden können, ist längst erkannt worden. Nicht anders verhält es sich nun aber — und damit gelangen wir zu der Rechtsbeziehung, die uns vornehmlich interessirt — mit dem Exekutionsrecht Die Erfassung der Obligation übt den mächtigsten Einfluss aus auf die Lehre von Wesen und Zweck des „Vollstreckungsverfahrens“. Ein Blick auf die verschiedenen Theorien wird dies bestätigen. In zwei grossen Gruppen lassen sich dabei die älteren Ansichten zusammenfassen, denen als drittes Neues der restaurierte Haftungsbegriff mit seinen Konsequenzen gegenüber steht.

I. Realistische oder Werttheorieen: Zwangsvollstreckung.

Zur Erklärung der Obligation wird der wirtschaftliche Erfolg, auf den sie abzielt, die Leistung in ihrem Effekte in den Vordergrund geschoben. Das Wesentliche ist das Recht des Gläubigers auf einen fremden Sachwert, das „jus ad rem“, oder überhaupt das Zweckmoment, in welchem gläuberischen Interesse dies auch bestehe. So ist nach Hartmann[2]) die Obli-

[1]) Archiv f. d. civ Praxis 68 S 216, Grundbegriffe II 216.

[2]) Die Obligation 1875. Dazu Windscheid II § 250, Dernburg II § 2[1], Brinz II S 28 f, Pernice Z. f. H. R. XXI 830. Ähnlich v. Schey bei Grünhut IX 378 vgl. auch Ryck, die Obligation S. 14 ff. Schultze. Zivilrecht und Prozess S. 78, Scheurl K.V.J.S. 18 S. 498 ff., Degenkolb in K V J S. IX 230 u. ders.: Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 31, § 18, 20, (S. 106, 117 f.). Thon, Subjektives Recht und Rechtsnorm 206 ff.

gation darauf gerichtet, dass der Gläubiger bekomme, keineswegs aber darauf, dass er durch die Handlung des Schuldners bekomme. Die Substanz der Obligation bestehe in dem konkret begründeten und irgendwie rechtlich gesicherten Soll, gerichtet auf Herstellung des vorausbestimmten Zweckerfolges.[1]) Damit ist schon gesagt, dass diesem Zweck ein Zwangsapparat als Mittel der Durchsetzung zur Seite stehen muss. Ein Mehreres kann hingegen für die Exekution aus dem so weit gefassten Obligationsbegriffe nicht gewonnen werden. Es ist bei diesem letzteren gleichgültig, wie jener Zwangsapparat beschaffen ist und welche Stärke er hat, und gleichgültig, ob er seine Richtung gegen die Person oder gegen das Vermögen des Schuldners nimmt. Der die Obligation belebende Zweck erscheint einfach als mehr oder weniger gesichert. Doch dient diese Sicherung der Befriedigung, der Zwangsapparat der Realisierung des Soll, in welchem die Obligation besteht.

Dieser Charakter der zwangsweisen Rechtsdurchsetzung als einer Verwirklichung der Forderung, des „geschuldeten" Rechts tritt nun aber schärfer bei folgenden Rechtslehrern hervor.

Wie Demelius[2]) die Obligation als die Herrschaft über einen in einem fremden Vermögen befindlichen Sachwert auffasst und dafür hält, dass diese Herrschaft sich faktisch betätige und erschöpfe, indem der Sachwert in das Vermögen des Gläubigers gebracht werde, so erklärt auch Köppen[3]): Die obligatorischen Rechtsverhältnisse erhalten, da sie nur so irgend welche Festigkeit finden, notwendigerweise in dem Vermögen des Kreditors und des Debitors einen von der eigenen Existenz

---

[1]) Hartmann, cit. § 4 und 5, insbesondere S. 31, 37, 124, 140, 161, 165 u. a. m.

[2]) Untersuchungen I No. II S. 158. Ähnlich auch Ehrenberg, Beschränkte Haftung 459, 464.

[3]) Die Erbschaft S. 13 ff. Ähnlich Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden 1873. S. 51 ff. Der Schuldner muss sich von seinem Rechte zurückziehen und es dem Gläubiger überlassen. Tut er es nicht freiwillig, so tut es das Recht an seiner Stelle. Damit hat die Obligation ihren Zweck erfüllt, der ja kein anderer ist, als die Bewegung der Güter von einem Vermögenskreis zum andern zu einem geordneten und notwendigen zu machen.

dieser unabhängigen Ausdruck. Durch die Forderungsrechte treten somit weniger die Kontrahenten selbst als vielmehr die beiden Vermögen derselben in ein rechtliches Verhältnis. In das Vermögen des Kreditors kommt durch die Obligation ein Recht nicht an der Handlung, zu welchen der Schuldner verpflichtet, sondern an dem Sach- oder Geldwert, welcher der Handlung zukommt. Dieser ist der unmittelbare Gegenstand jeder Forderung. Die verheissene Handlung ist zunächst nur Modus der Erfüllung ev. auch Massstab für die Grösse des Sachwertes. Darum sei bei den Römern jede Kondemnation Geldkondemnation gewesen: Die Schuld ist bereits aes alienum, ein fremder Sachwert. Und als solches Recht an dem Sachwert ist die Forderung ein Recht am ganzen Vermögen des Debitors. Darum die missio in bona des römischen Rechts.

Bei dieser Auffassung beherrscht das sächliche Moment alles. Charakteristischer Weise wird die Personalexekution nicht berücksichtigt oder findet ihre Erklärung in historischen Erscheinungen, die ausserhalb des Forderungsrechtes oder gar ausserhalb des Rechtes überhaupt liegen. Lebhaft wird dagegen die Realexekution angerufen, welche ja darin besteht, dass sich Recht und Gericht mit aller Macht auf Effektuierung jener Leistung werfen, „gewissermassen zum Beweis, dass es darauf ankomme“[1]). Die Erlangung des Sach- oder Geldwertes kann allein bei der Vollstreckung in Betracht fallen[2]). Die Realexekution erscheint deshalb in der Tat als das naturgemässe und zweckentsprechende Verfahren. Von Vollstreckungszwang kann grundsätzlich nicht die Rede sein. Der Schuldner resp. dessen Wille wird nicht erzwungen, fällt nicht in Betracht. Darin besteht der realistische Zug dieser Auffassung. Also: die obligatio ein jus ad rem. Die executio Zwangsvollstreckung. In dieser liegt erschöpfende Rechtsverwirklichung, Erfüllung. Der Gläubiger ist befriedigt

Interessanter Weise kehrt diese Auffassung bei einer grossen Zahl von Rechtslehrern wieder, obschon sie in die Begriffsbestimmung der Obligation ein neues und zwar ein ideelles

[1]) Brinz, Pandekten II § 216.

[2]) Ziebart, Die Realexekution und die Obligation 1866 S. 21

Moment aufnehmen, nämlich die schuldnerische Handlung, die Leistung als solche, die Willensbetätigung oder aber die Person des Schuldners selbst.

So Ryck.[1]) Die Obligation sei das Recht auf eine Leistung, Handlung des Schuldners. Aber das moderne Recht indifferenziere den Willen des Schuldners. Die Exekution überhaupt und die Realexekution insbesondere habe die Funktion, den Übergang des geschuldeten Objekts vom Schuldner auf den Gläubiger zu vermitteln und also den vom Schuldner geweigerten Übertragungsakt mit voller rechtlicher Wirkung zu ersetzen. Es sei kein Notbefehl, sondern ein modernes Rechtsprinzip, dass im Wege der Zwangsvollstreckung unmittelbar in die Willens- und Vermögenssphäre des Exequenden eingegriffen und an seiner statt, für seine Rechnung und aus seinem Vermögen durch die Obrigkeit oder unter obrigkeitlicher Autorität die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten ihrem unveränderten Gegenstande nach herbeigeführt werde. Die Zwangserfüllung stehe kraft Rechtens der freiwilligen gleich. Der Wille des Schuldners werde durch den Richter ergänzt.

Eine ähnliche Auffassung kommt überaus scharf bei Schultze, Zivilrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung 1883, zum Ausdruck[2]). Darnach ist Zweck und Endziel der Zivilexekution die *Verwirklichung* des dem Berechtigten zustehenden Privatrechts, sie ist mithin darauf gerichtet, den faktischen Zustand dem Rechte kongruent zu machen, dem Berechtigten *genau dasjenige zu verschaffen, was er nach Inhalt seines konkreten Rechtes zu fordern oder zu haben berechtigt ist.* In diesem Sinne werden die Zwangsmittel beispielsweise angewandt (und erweisen sich als ausreichend) bei Geldschulden: durch Wegnahme der geschuldeten Geldsumme, durch Verkauf eines Teils der Sachen des Schuldners und Bezahlung des Gläubigers aus dem Erlös. So wird dem Gläubiger genau gewährt, was er kraft seines Rechts zu fordern hat. Die Exe-

[1]) Die Obligation 1878 S. 12 ff., 30 ff., 38, 41 ff.

[2]) S. 72 fg. Auf die besonderen Ausgangspunkte des Verfassers — Zwangsrecht dem Privatrecht immanent; Privatberechtigte selbst Subjekt der Zwangsvollstreckung — ist hier nicht einzugehen. Der Begriff der Obligation wird nicht näher dargestellt.

kution bewirkt also wirkliche Befriedigung des Gläubigers. Es ist also für die Frage nach der Befriedigung des Berechtigten und die Befreiung des Verpflichteten gleichgültig, ob das Objekt durch den freien Willen des Verpflichteten oder mittelst Rechtszwanges in das Vermögen des Berechtigten kommt. Zwangsweise Befriedigung tilgt die Verpflichtung. Einen anderen Charakter nimmt die Zwangsübung nur an, wo der Inhalt des betreffenden Rechts oder die Natur der Zwangsmittel es als unmöglich erscheinen lassen, gegen und ohne den freien Willen des Verpflichteten dem Berechtigten den Inhalt und Gegenstand seines Rechtes zu verschaffen. Bei Berechtigungen auf ein Handeln des Verpflichteten muss demnach indirekter Zwang eintreten. Im Falle des Erfolges gilt auch hier: Abgenötigte Erfüllung ist wirkliche Erfüllung. Und wiederum nur unter besonderen Umständen (Insolvenz, Unzulänglichkeit der Zwangsmittel) tritt an Stelle der Erfüllung ein Ersatz, ein möglichst entsprechendes Wertäquivalent, das zwar nicht Erfüllung ist, vom Recht aber ihr gleich geachtet wird. Also wiederum wie oben: prinzipiell Erfüllung durch Zwangsvollstreckung. Ausnahmsweise Erfüllung durch Vollstreckungszwang und wiederum nur ausnahmsweise ein der Erfüllung gleichgeachteter Ersatz.

Das letzte Jahrhundert hindurch war im wesentlichen die eben dargelegte Anschauung die herrschende. Für dieselbe waren vor allem Savigny und Puchta[1]) eingetreten. Wohl ist die Obligation das Verhältnis der Herrschaft des Gläubigers über eine einzelne, aus der Freiheit des Handelnden ausgeschiedenen Handlung des Schuldners, eine erweiterte Herrschaft unseres Willens. Doch wendet sich dieses Recht, das eine Verbindung unter Personen herstellt, von dem Rechte an Personen ab und nähert sich dem Rechte an Sachen. Und dies liegt an der Eigenart des Obligationsobjektes, der geschuldeten Handlung. Sie muss stets einen Vermögenswert haben oder in Geld ab-

---

[1]) Savigny, System I S. 339, 345, 370. Puchta, Institutionen I 50 ff. II S. 298 f. Dazu Windscheid II § 250. Ziebarth S. 23 f. Schott § 2 S. 45 f. Vergl. ferner die Definitionen bei Bruns, Holzend. Encycl. (1890) § 45 S. 403, § 14 S. 354. Arndt § 201, Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 63. Wächter, Pand. I § 36, II § 167. Salkowsky, Inst. II § 121.

schätzbar sein. Die Macht des Gläubigers erstreckt sich nicht auf die persönliche, beschränkt sich vielmehr auf die sächliche Seite der Handlung[1]).

Von einem „natürlich-sittlichen Verhältnis" ist keine Rede. Deshalb ist dem Gläubiger genug geschehen, wenn ihm zwar nicht spezifisch die Handlung, wohl aber der Wert, den sie unter den gegebenen Umständen für ihn hat, geleistet wird. So wird die Obligation exequierbar. Es wird dem Schuldner die Sache resp. das Wertobjekt abgenommen, in welchem die Handlung ihr vollkommenes Äquivalent findet. Denn durch Erlangung dieses Vermögenswertes ist das Vermögen des Gläubigers in dieselbe Lage gebracht, in der es sich befände, wenn die Handlung selbst geschehen wäre. In letzter Linie besteht somit der Gegenstand oder der Inhalt der Obligation stets in einer Sache. Deshalb führt auch nach dieser Auffassung die Realexekution zur Verwirklichung des Rechts, zur Erfüllung[2]).

---

[1]) Vergl. Scheurl K.V.J.S. 18, S. 484 f. Die Obligation ist das Recht auf eine bestimmte Handlung. Verlangt darf diese jedoch nur werden zur Herbeiführung des Endzweckes, welcher im Erfolg dieser Handlung für den Gläubiger liegt, nicht aber als Betätigung der Willigkeit des Schuldners. Die Handlung ist Objekt des Rechts von Seiten ihrer Diensamkeit für jenen Erfolg. Von wem die Handlung vollzogen, ist deshalb gleichgiltig. Ebenso Thon cit. S. 241 f. Wenn von der Handlung des Schuldners abgesehen und der Rechtszustand auf andere Weise herbeigeführt werde, so trete auch diese gerichtliche Gewalthandlung nicht mit dem Privatrecht, das sie schützen wollte, in Widerspruch. Denn die Handlung des Schuldners war der Rechtsordnung nicht mehr als das nächste Mittel. Vergl. Löning, Vertragsbruch S. 37.

[2]) Hier ist auch Beckker zu erwähnen. Die römische obligatio erschöpft sich nach ihm in dem actione teneri, im Gezwungenwerdenkönnen, ist aber ein Recht, das nicht weiter greift, als bis zu Aufnahme des Prozesses. Das Leistensollen ist in ihr nicht enthalten. Anders jedoch die moderne Obligation. Sie ist das Recht einer Person gegen eine andere auf Leistung. Das Leistensollen ist dabei das Primäre. Vom Staat anerkannt und geschützt, wird es zum Leistenmüssen. Obschon dieses Recht gegen eine Person als solche, als handlungsfähiges Individuum gebt, ist doch auch das Vermögen des Schuldners und zwar unabhängig von einer Verpflichtung der Person, gebunden. Forderungen sind Rechte an einer Person, die zugleich das Vermögen ergreifen und ebenso am blossen Vermögen bestehen können. Heutzutage erscheint die letztere als das haupt-

Doch hier setzte die Kritik ein. Man wies darauf hin, dass das, was Inhalt des Rechts sein soll, auch erzwungen werden müsse. Dass aber überhaupt der Wille, durch den allein das schuldnerische Handeln ausgelöst werden könne, erzwingbar sei, stehe in Anbetracht der Zwangsmittel, durch die jede beliebige Pression ausgeübt zu werden vermöge, ausser Zweifel. Und nun sollte das ideelle Moment des schuldnerischen Wollens oder Selbsttätigwerdens nicht mehr bloss in die Definition aufgenommen, sondern auch als massgebende Direktive bei der Ausstattung der executio obligationis anerkannt werden.

II. Idealistische oder Willenstheorieen — Vollstreckungszwang.

Hier ist vor allem Ziebarth[1]) zu nennen. Nach ihm ist die Obligation nicht das Recht einer besonderen Herrschaft über die Handlung eines Dritten; sondern sie ist das Recht auf die schuldnerische Handlung, auf dessen Willensbetätigung. Deshalb muss aber auch die Exekution aus diesem Rechte begriffsnotwendig auf den Willen, auf die Handlung, also gegen die Person gehen. Geschuldet wird die Handlung und nur diese bietet dem Gläubiger Genugtuung. Keineswegs ist ihm genug getan, wenn er den Wert in Geld erhält. Darin besteht das ethische Moment in der Obligation. Der Schuldner hat die sittliche Pflicht, sein Wort zu halten. Diese Pflicht ist im Recht anerkannt und das Recht wirkt mit all' seinen Mitteln auf Erfüllung dieser Pflicht. Erhält der Gläubiger auch den Vermögenswert — aber nur ihn, — so bleibt doch der Treubruch. Deshalb die Zwangsmittel, deshalb die Personalexekution. — Der diametrale Gegensatz, in welchem diese Auffassung zur ein-

sächlichste Obligationsobjekt. Beckker, Aktionen des römischen Rechts I_4, 7 f. II, 125 f. 244 f. 249 f. Pandekten I 77. Iherings Jahrb. XII 69 f. J.f.R.G. IX 386 f. 396, 400, 403 vergl. Brinz bei Grünhut I insbesondere S. 21. Beckker jetzt auch in Z.f.R.G. rom. Abt. XXIII, S. 10.

[1]) Realexekution und Obligation bes. 29—42, 46, 178, 184 f. Hartmann 34, 124, 127 f. Degenkolb K.V.J.S. IX 205 f.

gangs namhaft gemachten Werttheorie steht, drängt sich auf. Ein Recht an der Sache besteht nie auf Grund der Obligation, vielmehr erst mit ihrem Ende, durch die Willensbetätigung des Schuldners. Und die Realexekution? Sie geht auf ein anderes, als worauf die Obligation geht. Wer vom Rechte Realexekution auf Übergabe einer bestimmten Sache erhält, hat deshalb schon nicht mehr ein Recht blos auf die Handlung des Schuldners. Ihm muss vielmehr ein relativ dingliches Recht zustehen, das von der Obligation verschieden, selbständig neben ihr hergeht. „Aus dem unscheinbaren Gegensatz, ob man den Schuldner durch indirekte, wenn auch noch so kräftige Zwangsmittel zur Übergabe der Sache zu bestimmen suche oder ob man ihm die Sache lieber gleich wegnimmt, baut sich ein neues Sachenrecht auf."

Nach Kuntze[1]) ist die Obligation die Macht, auf einen fremden Willen, welcher zu einem dem Gläubiger wertvollen Erfolge diesem gebunden ist, rechtlich bestimmend einzuwirken. Objekt der Obligation ist der menschliche Wille, der eben eine Realität ist und der übrigens seine freie Selbstbestimmung hat, der also in der Obligation sich binden will. Die Obligation ist die Herrschaft des Willens über den Willen, konzentriert jedoch auf einen bestimmten Punkt in der Willenssphäre des sonst frei bleibenden Schuldners. Auch hier gehört das Leistungsobjekt nur äusserlich zur Obligation, hat nur für deren Erfüllung Wert, ist die Form, welche die Obligation im letzten Augenblick ihrer Existenz annimmt, ist der Aufwand, den der Schuldner zum Zweck seiner Lösung oder Entlastung macht. Geschieht dies aber nicht freiwillig, dann kommt es zur Exekution und diese ist nichts anderes als der Weg zur Erzwingung des Schuldner-Willens, Willenspression — Personalexekution. Wo Real- und Naturalexekution auftreten, wird jedoch keineswegs auf eine materiell-rechtlich neue Grundlage, etwa ein „relativ-dingliches Recht" geschlossen. Vielmehr werden jene Verfahren dadurch erklärt, dass im neueren Recht die ursprünglich sich energisch durchsetzende Vorstellung von der Willensherrschaft erblasse und der ökonomische Befriedigungszweck

[1]) Die Obligationen cit. S. 96 fg. Excurse z. röm. Recht 2. Aufl. 1880 S. 409 fg. 525 fg.

in erste Linie rücke. Man greife mit Umgehung der Person des Schuldners unmittelbar in dessen Vermögen — „um nicht zu sagen: in seine Taschen" — und hole das einzelne Exekutionsobjekt heraus. Aller Accent sei auf den durch Geld repräsentablen Wert gelegt. Der persönliche Ehrenpunkt trete zurück. Die Forderungsfrage ist eine Geldfrage geworden.

Auch nach diesen Willenstheorieen ist das Exekutionsverfahren wirkliches Vollstreckungsverfahren in dem Sinn, dass durch Zwang der Rechtszustand herbeigeführt wird, den eigentlich der Schuldner freiwillig hätte herbeiführen sollen. Genau das Geschuldete ist nunmehr doch geleistet. Das Recht ist realisiert. Das Verfahren hat zur Erfüllung geführt. Abweichend von den realistischen Theorieen macht sich jedoch bei Ziebarth, Kuntze u. a. die Auffassung geltend, dass diese Erfüllung nicht schon in dem Übergang eines Wertes vom schuldnerischen in das Gläubigervermögen bestehe, sondern erst in der Willensunterwerfung und Selbsttätigkeit des Schuldners liege. Dann ist die Befriedigung des Gläubigers eine juristisch-ethische.

Es ist nun überaus beachtenswert, wie Sohm in seiner Studie über den Begriff des Forderungsrechtes[1]) bei gleichen Ausgangspunkten zu völlig abweichenden Resultaten gelangt: Das Forderungsrecht ist das Recht auf eine fremde Handlung von Vermögenswert. Es besteht also in der Pflicht eines — freien — Dritten, in dem Recht, dass dieser Dritte handle. In dem Dasein der schuldnerischen Verbindlichkeit erschöpft sich das Recht des Gläubigers. Er darf sich deshalb nicht eigenmächtig das Geschuldete verschaffen. Das Forderungsrecht des Gläubigers ist, weil überhaupt kein Recht zu handeln, auch kein Recht, den Schuldner zu nötigen. Es bietet weder eine Gewalt über die Sache, noch eine solche über die Person. Eine

[1]) bei Grünhut IV 457 f. Gerade das Problem, wie der Gläubiger den Schuldner zur Leistung zwingen könne, führt Wirth: Beiträge zur Systematik des röm. Zivilrechts 1856 zu einer abweichenden Auffassung. Den blossen Willen zu beherrschen, ist unmöglich. Gegenstand der Herrschaft ist die Person des Schuldners selbst. Nur ist der Inhalt der Herrschaft auf die Leistung beschränkt. Diese letztere wird nun aber nicht durch Willenspression erzwungen, sondern necessitate wird dank der Herrschaft über die Person die Leistung resp. ihr Effekt herbeigeführt.

solche rechtliche Gewalt, ein Recht auf Zwang zu Gunsten des Gläubigers existiert nur auf Grund eines Rechtssatzes des öffentlichen Rechts, welches unter bestimmten Bedingungen eine bestimmte Art von Zwang anordnet. Das Wesen des Forderungsrechtes ist also Ohnmacht. Was in der Exekution tätig ist, ist die überlegene Energie des öffentlichen Rechts. Was immer deshalb infolge der Exekution geschieht, es ist nicht Ausdruck des Inhaltes des Forderungsrechtes. Nie kann also von den Mitteln und Ergebnissen des Verfahrens ein Rückschluss auf den Inhalt des Gläubigerrechts gezogen werden. Die Exekution ist nicht Vollstreckung, d. h. Realisierung des privatrechtlichen Inhaltes der Obligation. Diesem Inhalt entspricht der Erfolg: Überwindung des Schuldner-Willens niemals, widerspricht ihm vielmehr. Denn er ist eine Überschreitung der Grenzen des Privatrechts[1]).

III. Der restaurierte Obligationsbegriff: Das Satisfaktionsverfahren.

Die Schlüsse, die Sohm zieht, sind zwingend, wenn der Obligationsbegriff, von dem er ausgeht, richtig ist[2]). Aber sie sind derart, dass sie selbst an diesem Ausgangspunkte verzweifeln lassen. Ebensowenig als die Obligation die Herrschaft über eine Handlung darstellen kann, da eine solche Herrschaft vor, während und nach der Vollführung der Handlung gleichermassen undenkbar ist[3]), ebensowenig kann sie ein Recht auf die Handlung darstellen. Eine Handlung beruht ihrem Begriffe nach auf Selbstbestimmung und ist deshalb unerzwingbar[4]).

[1]) Wie sehr und warum die Germanisten die längste Zeit vom gemeinrechtlichen Obligationsbegriff ausgingen, weshalb wir sie hier nicht namhaft zu machen haben z. B. V. Puntschart: Moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel 1893 S. 108 f. 164. vergl. jedoch Heusler, Institutionen I S. 375 f. und Huber, Schweiz. Privatrecht IV, wo 1893 v. Amiras Haftungsbegriff der Darstellung zu Grunde gelegt wird.

[2]) Vergl. Puntschart, P. Schuldvertrag u. Treugelöbniss 208 f.

[3]) Brinz, Kritische Blätter III S. 4 f.

[4]) Schott, Der obligat. Vertrag unter Abwesenden § 2 S. 45 fg.

Darauf kann also die Exekution nicht gehen. Doch will man die erzwungene Handlung als vollwertig gelten lassen, dann ist zu bemerken: Der Zusammenhang, in welchem die Gewalt mit dem Rechte der Forderung steht, ist — das eben hat Sohm in aller Schärfe dargelegt — ein äusserlicher. Sie kommt von aussen oder oben herab hinzu. Es ist der Staat oder Gesetzgeber, der sie anordnet[1]). Zudem muss bei diesem Obligationsbegriff die Gewalt in der Gestalt eines Systems von Pressionen sich darstellen. Das Recht wird alles aufbieten, um den Obligierten zur Leistung zu bewegen. „Freilich wird die Exekution, wenn sie wahrhaft Zwangsverfahren sein soll, auch mit dem Zwange abschliessen müssen. Würde sie, weil etwa der Zwang zufällig nicht angeht oder nicht ausreicht, in eine über den Willen des Obligierten erhabene vis abductiva oder ablativa übergehen, dann müsste man in dem Zwangsverfahren blosse Versuchs- oder Übergangsstationen, in jenem Gewaltsverfahren dagegen den Schlussstein und die endgültige Bedeutung der Obligation und Kondemnation erblicken"[2]). Ein solches Exekutionsrecht, das sich auf ausschliesslichen Vollstreckungszwang beschränkt, kannte die Rechtsgeschichte zu keiner Zeit. Deshalb kann auch der zugehörige Obligationsbegriff nicht der historische sein. Er hat aber auch grosse begriffliche Mängel. Nach all den verschiedenen, bis jetzt namhaft gemachten Auffassungen soll das Zwangsverfahren der Verwirklichung, Erfüllung des dem Gläubiger zustehenden Forderungsrechtes dienen. Durch die Vollstreckung soll „dem Berechtigten genau dasjenige verschafft werden, was er nach Inhalt seines konkreten Rechts zu fordern oder zu haben berechtigt ist." Bei genauerem Zusehen ist aber leicht zu erkennen, dass jene Erfüllung, so wie sie tatsächlich geduldet war, gar nicht mehr möglich ist, nachdem erst einmal der Vollstreckungsapparat in Bewegung gesetzt werden musste. Es kann sich nur noch um eine Ersatzleistung handeln. Diese Ersatzleistung und alle auf sie gerichtete Exekution — und eine solche muss es geben — stehen also ausserhalb der Tendenz und des Begriffes des Forderungsrechtes. Umgekehrt ergeben sie sich unmittelbar und notwendig aus dem

[1]) Brinz, Im Archiv f. d. civ. Praxis 70 S. 377.

[2]) Brinz, Pandekten § 216 II S. 31.

Begriff der Obligation, wenn das Wesen dieser letzteren in der Haftung zu Genugtuung und Ersatz erblickt wird. Und hierin besteht in der Tat ihre Zweckfunktion. Das hat zuerst Brinz[1]) für das römische Recht wahrscheinlich gemacht, nachher von Amira für das nordgermanische und Puntschart für das mittelalterlich-sächsische Recht nachgewiesen. Nicht um die Erfüllung handelt es sich bei einer Obligierung, sondern um die Schadloshaltung, um die Sicherung der Schuld, um die Stellung von Genugtuungsobjekten, um ein Stare pro, um ein Gebundensein zwecks eventuell notwendig werdender Genugtuung. Bei dieser Auffassung kann man unmöglich mehr „die Leistung, unmöglich den Willen des Obligierten als Objekt der Obligation bezeichnen. Wie sollte die Leistung, für die man haftet, zugleich Objekt sein, das haftet? Wie der Wille das Ding, an dem man sich Schadens erholt, wenn er nicht in Leistung übergeht?"[2]) Da demnach das Wesen der obligatio, das ist eben der Haftung, in der genannten Bestimmung liegt, Gewährschaft zu leisten, ev. Satisfaktionsobjekt abzugeben, so wissen wir auch, womit es die Exekution zu tun hat. Die Haftungsverhältnisse sind nichts anderes als die materiellrechtlichen Grundlagen des Zwangsverfahrens. Wenn die ordnungsgemässe Schulderfüllung nicht mehr möglich ist, dann braucht der Gläubiger Genugtuung und Ersatz. Nun hält er sich an die Person des Schuldners, wenn diese ihm obligiert ist. Um die Haftung desselben zu verwirklichen, ist vielleicht nötig, dass er verfolgt werde, dass Gewaltmassregeln gegen ihn zur Anwendung gelangen Das ist das Zwangsverfahren. Es stellt sich also dar als Genugtuungsverfahren. Denn es bezweckt,

---

[1]) Vergl. auch Puntschart, Valentin, l. c. Jedoch bezeichnet dieser mit Haftung nicht den Zustand des Obligierten, sondern das Rechtsverhältnis zwischen der haftenden Person und derjenigen, welcher sie haftet und stellt dieses Haftungsverhältnis in den Rahmen seiner konkret objektivrechtlichen Rechtsverhältnisse oder Rechtsverbände; vergl. dessen Fundamentale Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts 1885 S. 70 f. u. Moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel, 1893 Einleitung u. S. 124 f, insbesondere 155/187 f. und S. 228, vergl Hellmann in K.V.J.S. 37 S. 582 f., insbesondere 589 f.

[2]) Brinz bei Grünhut I S. 16.

dem Gläubiger Genugtuung zu verschaffen anstatt der Schuld, für die Schuld[1]).

Diese Auffassung der Obligation als Haftung zeigt jedoch nicht nur das „Vollstreckungsrecht" in neuer, scharfer Beleuchtung. Aus dem gewonnenen engen Zusammenhang zwischen dem Wesen der Obligation und der Funktion der Exekution ergeben sich weitere fruchtbare Konsequenzen. Es sind nun auch Rückschlüsse möglich. Aus dem Mass der Gewalt, welches im Genugtuungsverfahren zur Anwendung kommt, muss sich der Inhalt der Haftung erschliessen lassen. So gut aus einer Beobachtung der Art und Weise, in welcher sich die Betätigung des Pfandrechts äussert, wie die Pfandhaftung verwirklicht und durchgesetzt wird, der Inhalt des Pfandrechts und die rechtliche Natur desselben sich muss feststellen lassen[2]), so muss auch in dem Umfang, den die „Vollstreckung" in die Person annimmt, sich der Inhalt der Personenhaftung deutlich manifestieren[3]). Dass wir uns an diese Zusammenhänge halten können, ist von der grössten Wichtigkeit. In ihnen liegt der Schlüssel, der uns die Geschichte der „Personalhaftung" zugänglich macht. Und ganz gewiss gilt von ihr, dass ihre Entwickelung noch mannigfaltiger, ihre Wandlungen noch grösser und zahlreicher sind als diejenigen der „Sachhaftung".

Ein Blick auf das Recht der „persönlichen Obligation", wie sie uns in den mittelalterlich-französischen Quellen entgegentritt, wird dies bestätigen. Es wird sich ergeben, dass es ein kompliziertes Gebilde darstellt, das aus heterogenen Elementen entstanden ist. Unverkennbar weist es also noch Spuren eines Dualismus auf, der einst bestanden haben muss, Spuren, die in mehr denn ein Problem des germanischen Rechtes zurückführen. — Umgekehrt steht am Schlusse dieser mittelalterlichen Ent-

---

[1]) Puntschart, Paul, Schuldvertrag und Treugelöbnis 1896 S. 121 f., 136, 141, 160, 178 f., 206 f.

v. Amira, Das nordgerm. Obligationenrecht I § 11, 12 u. S. 108 f., II § 7 u. S. 146.

[2]) v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts S. 3.

[3]) Also gerade das Gegenteil dessen, was sich nach Sohm, bei Grünhut IV, 471 ergeben hätte.

wickelung das Phänomen einer Vermögensobligation, die über den Rahmen der „Personalhaftung“ herauswächst und die, wenn wir ihr weiter folgen wollen, uns veranlasst, das Hypothekarsystem des neuen französischen Rechtes auf seine geschichtliche Bedeutung hin zu untersuchen.

Erster Teil.

Die Vermögenshaftung im très ancien droit.

Erstes Kapitel.

Die haftungsrechtlichen Grundbegriffe.

Art. 2092 des Code civil von 1804 bestimmt:

Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir.

Und Art. 2093 fährt fort:

Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers — —.

Diesen Bestimmungen liegt der historisch richtige Haftungsbegriff zu Grunde. Die Güter des Schuldners sind das Unterpfand der Gläubiger. Dabei verlautet aber nicht das Geringste von einem dinglichen Recht, das diesen letzteren zustünde. Vielmehr spricht das Gesetz ausdrücklich von einem Debitor qui s'est obligé personnellement und dementsprechend sind denn auch die Rechte der Gläubiger zunächst nur persönlicher Natur. Und doch wird das ganze schuldnerische Vermögen ihr gage genannt. Also wenn ich auch nicht Hypothekengläubiger bin, steht doch meinem Anspruch ein — „Pfandrecht" zur Seite. Das Gesetz anerkennt demnach eine Art persönlichen „Pfandrechts". Und wozu dies? Offenbar kommt ihm die nämliche Funktion zu wie dem dinglichen, dem Pfandrecht im engern, technischen Sinn des Wortes. Wie dieses, so kann auch jenes unmöglich dazu dienen, ein Geschuldetes zu leisten, eine Schuld zu erfüllen. Das ist Sache des Schuldners. Ein anderes ist also die Bestimmung des Pfandes: Es soll einspringen, wenn der Schuldner nicht leistet, seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Dann möge es dem Gläubiger Ersatz und Genugtuung bieten. Dazu

dient das gage, dazu — die obligatio personae so gut wie die obligatio rei.

Durch eine solche Auslegung allein erhalten die angeführten Artikel des Code einen natürlichen Sinn. Dieselbe hat sich denn auch Troplong in seinem Kommentar zu eigen gemacht. Er betont[1]), dass im Mittelalter (und im germanischen Altertum) der Gläubiger eine Art Hypothek auf die Person des Schuldners gehabt habe. La tête et la liberté de l'obligé répondent en premier ordre de son exactitude à payer sa dette. Wohl habe man auch auf die Güter gegriffen und sie dem Gläubiger zur Verfügung resp. Verwertung gestellt, aber das sei nur geschehen, weil und soweit sie die Accessorien der schuldnerischen Person gewesen seien. Dies habe sich nun freilich dank der Kulturentwicklung in ihr Gegenteil gekehrt. En première ligne et toujours les biens du débiteur sont affectés à l'accomplissement de ses engagements; en seconde ligne seulement et dans des circonstances très-limitées, sa personne doit répondre de ce qu'il a promis. Aber nach wie vor handelt es sich beim Zugriff auf die Güter nur um die persönliche Haftung. In Hinsicht auf das gage des art. 2093 kann der Gläubiger nur die Person des Schuldners belangen: actionner. A la vérité si le débiteur manque à ses engagements le créancier pourra excercer une action sur les biens mobiliers et immobiliers, par suite du principe: Qui s'oblige, oblige le sien. Mais il n'aura d'action sur les biens qu'à raison de la personne et parceque ces mêmes biens sont un accessoire attaché à la personne obligée. Durch eine Veräusserung wird das Band, das eine Sache an die schuldnerische Person knüpfte, zerrissen. Nun kann der Gläubiger auf das betreffende Objekt nicht mehr greifen. Bis dahin aber hat er daran ein gesetzliches Pfandrecht — es ist sein gage légal in dem gekennzeichneten beschränkten Sinn[2]). Das Recht anerkenne aber auch die Möglichkeit, dass die Sache selbst obligiert werde, nicht bloss als Accessorium der Person, sondern

[1]) Le droit civil expliqué. Priv. et Hyp. éd 3. Bd I 1838 S. 3.

[2]) Nur sur les biens du débiteur comme tels habe der Gläubiger das droit de gage, Aubry et Rau Cours de droit civil français éd. 4. Bd VI 1893 S. 248. Merkwürdiger Weise ist doch auch versucht worden, die Haftung des gage aus art. 2093 als eine Sachhaftung hinzustellen. Lafontaine, Revue critique 1859 XV S. 359 N. XI, vergl. Aubry et Rau cit. S. 248.

en vertu d'un droit qui la saisit principalement, — „la chose qui répond directement, sans qu'il s'inquiète de poursuivre la personne". Das ist die obligation réelle. Indem Troplong sie in ihrem Gegensatze zur obligation personnelle darstellt, findet er für die letztere charakteristisch, dass sie „weder Privileg noch Vorzug" verleihe. Denn durch sie habe man nur die Loyalität der Person engagiert und dieser stünden alle Gläubiger gleich gegenüber. Demzufolge müssten sie alle auch den gleichen d. h. gleichmässigen Zugriff auf die Güter haben, die ihnen ja nicht principaliter, sondern nur durch die Person und wegen der Person affektiert seien.

In zwingender Weise haben die Artikel 2092 und 2093 zu solchen Betrachtungen angeregt. Aber trotz dieser Artikel und trotz dieser Betrachtungen besitzen weder der Code civil noch i. A. seine Kommentatoren den Haftungs-, den historischen Obligationsbegriff. Die Redaktoren des Gesetzbuches wollten in dem Abschnitt über das Recht der Schuldverhältnisse römisches Recht niederlegen. Il est bien remarquable qu'au milieu de la discordance de nos lois, de nos coutumes et de nos usages sur tant d'autres objets, toutes les parties de la France n'aient eu, à l'égard des conventions ou des contrats, qu'une doctrine uniforme, et n'aient reconnu qu'un même législateur. Ce législateur, c'est la raison, dont le droit romain en cette matière surtout, est regardé comme le fidele organe[2]). Aber so sehr man auch das, was die Römer geschaffen, als die raison écrite hinstellte, so war man sich doch bewusst, dass es nur „modernes römisches Recht" sein könne, was in das Gesetzbuch aufgenommen werden dürfe. Und dieses moderne römische Recht fand man bei Domat und bei Pothier. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi a été puisé[3]). Bei der geradezu grenzenlosen Autorität, deren sich diese beiden Juristen erfreuten, musste diese Anlehnung notwendigerweise eine enge werden und — par cette

---

[2]) Mouricault, orateur des Tribunal in Code Nap. suivi de l'exposé des Motifs etc. Bd. V. 1898 S. 210, vergl. Exposé des motifs von Bigot Préameneu l. c. S. 6.

[3]) Code Nap. cit. Bd. V S. 104 Rapport de Favard.

seule considération il (le projet) est déjà fortement recommaudé a l'adoption[1]).

Domat und Pothier hatten aber keinen andern Obligationsbegriff als denjenigen, den auch die deutsche gemeinrechtliche Doktrin vertreten hat. Pothier bestimmt denselben nach der römischen Legaldefinition als un lieu de droit qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose ou à faire ou à ne pas faire quelque chose. Dabei soll das vinculum juris darin bestehen, dass das Geschuldete erzwungen werden kann. Die Schuld selbst aber -- das ist der Inhalt der Obligation, ist die Obligation. Latu sensu sagt er[2]), sei obligation synonym mit devoir. In diesem weiteren Sinne umfasse der Begriff auch die unvollkommenen Obligationen, das seien diejenigen, dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu et qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement und er nennt als solche beispielsweise die devoirs de charité, die obligation de faire l'aumône de son superflu. In engerem Sinne sind Obligationen nur die engagements personnels, die rechtlich erzwingbar sind[3]). Natürlich findet sich auch hier keine Unterscheidung von Schuld und Haftung. Die Einteilungen, die, genau besehen, bald jene bald diese betreffen, erschienen ungetrennt als Klassifikationen der Obligation, wobei man denn auch der Wendung begegnet: dette ou obligation.

Denselben Obligationsbegriff finden wir im Code civil wieder. Im dritten Buche: Des différentes manières dont on acquiert la propriété lautet die Überschrift des dritten Titels: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Dieser Vertrag (vergl. Art. 11), diese Obligation ist der Schuldvertrag. Nichts anderes als die Voraussetzungen dieses letzteren werden denn auch im zweiten Kapitel des Titels besprochen. Darauf werden die Wirkungen desselben geregelt: de l'effet des obligations. Aber das Gesetz versteht darunter nur den Inhalt

[1]) l. c. 210 Mouricault.

[2]) Pothier Traité des obligations nouv. édit. von Bernardi Paris 1805. S. 1 f. S. 121 f.

[3]) Vergl. ebenso Ferriere, Dictionnaire de droit 1758 v. obligation Bd. II. 264, Obligationen auf ein facere führen zu dommages et intérêts faute de satisfaire à l'obligation, d. h. bei Nichtleistung des Geschuldeten. Vergl. Pothier l. c. 105 f.

des Schuldvertrages und behandelt dabei wiederum wie ältere Rechtsquellen[1]) die einen Anspruch auf Schadenersatz begründende Nichterfüllung des Schuldvertrages als inexécution de l'obligation[2]). Ebenso gilt das von den Klassifikationen Pothiers Gesagte auch für die diverses espèces d'obligations in art. 1168 ff. des Gesetzbuches.

Der Kontrakt des Code ist demnach der Schuldvertrag, durch welchen der eine Teil dem andern gegenüber sich zu irgend etwas verpflichtet = s'oblige. Die Schuldverpflichtung ist die Obligation oder das „Engagement"[3]). Das ist denn auch die übereinstimmende Auffassung der Kommentatoren des Gesetzbuches. Sie betonen deswegen, dass die Obligation nur die eine, nämlich die passive Seite des durch den Vertrag entstandenen Verhältnisses darstelle. Denn dem Schuldner stehe der Gläubiger gegenüber, für den die Obligation ein Recht bedeute, das sein Vermögen vermehre. Hingegen für den Schuldner ist die Obligation eine Belastung. Sie ist für ihn eine negative Qualität, weil sie in der juristischen Notwendigkeit einer Leistung i. w. S. besteht. Das ist die obligation passive ou dette[4]). Von diesem Standpunkt aus lässt sich aber auch leicht eine allgemeinere Auffassung gewinnen. Schon Pothier hat ihr Ausdruck verliehen und wir finden sie in der Tat auch wieder bei den Neueren. Art. 1134[5]) trifft nicht alle Obligationen. Es gibt auch solche, die keineswegs Gesetzeskraft unter den Parteien haben. Im weitesten Sinn umfasst

---

[1]) Vergl. vorige Note.

[2]) Hingegen mutet doch art. 1134, welcher dieses Kapitel eröffnet an wie eine Erinnerung an ehemalige andere Rechtsanschauung. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Exekutorische Kraft erhielten ursprünglich die Schuldverträge erst mit der Bestellung eines Haftungsobjektes von Seite des Schuldners. Nunmehr ist dies nicht mehr nötig. Der Schuldvertrag wirkt wie ein Gesetz zwischen den Parteien. Das Recht stellt ihm ohne weiteres einen Zwangsapparat zur Seite. Warum? Weil die Haftung mit Abschluss des Schuldvertrages von Gesetzeswegen entsteht — darin liegt die Bedeutung der Statuierung des gage légal in Art. 2093.

[3]) Zachariae von Lingenthal, französisches Civilrecht. 8. Aufl. 1894. Bd. II S. 220 f.

[4]) Baudry-Lacantinerie: Précis de droit civil Bd. II S. 529 f.

[5]) Vergl. oben N. 2.

die Obligation sogar die moralischen Verpflichtungen. Denn sie „exprime tous nos devoirs, — — implique tous nos droits“ [1]). Hingegen in einer andern Richtung ist diese Obligation begrifflich eine enge. Ihre Subjekte können nur Personen sein. Darin unterscheidet sich der Sprachgebrauch der Ausdrücke engagement und obligation. Ersteres bezeichnet oft das Gebundensein nur einer Sache, letzteres regelmässig das Rechtsband, welches eine Person betreffe. Quand on l'applique aux engagements purement réels, ce ne peut être qu'en se référant à l'idée de l'obligation dont la personne elle-même est tenue, à cause de l'engagement de sa chose [2]). Ja, da die Obligation als der Gegensatz von Recht erscheint und die Pflicht bedeutet, wird es wohl gar als absurd bezeichnet, zu denken, dass einmal nicht eine Person, sondern eine Sache gegenüber einer Person obligiert sein könnte [3]). Das erscheint zwingend. Eine Sache kann nicht schulden. Sie kann auch nicht das Geschuldete leisten [4]). In dieser Verpflichtung aber erschöpft sich bei der dargelegten Auffassung die Obligation ihrem Begriffe nach. Die letztere endigt mit der Erfüllung der Verpflichtung — und nur mit ihr: l'accomplissement de l'obligation — la seule chose qui puisse satisfaire le droit [5]). Le débiteur est tenu de se dégager de ce lieu en prestant ce à quoi le créancier a droit et ce n'est que par cette prestation qu'il se degage [6]). Danach ist also auch das vinculum juris, das lieu de droit ein ganz anderes, als wenn man von der Vorstellung der Haftung ausgeht. Die Rechtsfessel liegt darin, dass der Schuldner gezwungen wird zu leisten. Le débiteur est astreint en ce sens, qu'il est dans la nécessité de prester ce qu'il a promis. — — En tant qu'il est oblige', il n'est plus libre — il peut être

[1]) Larombière: Théorie et pratique des obligations. Nouv. éd. Bd. I S. 3, 5. Vergl. Crome in Zachariae von Lingenthal's franz. Civilrecht cit. oben N. 1 S. 222.

[2]) Larombière cit. Bd. VII S. 389.

[3]) Acollas, Manuel de droit civil Bd. I S. 16 f. S. 541. II 717 f.

[4]) Denn überall ist hier nicht an dingliche Belastungen zu denken, bei denen unsere Quellen allerdings unter Umständen nachdrücklich von Leistungen reden, die von der Sache selbst geschuldet werden. Es wird sich Gelegenheit bieten, darauf zurückzukommen.

[5]) Larombière cit. Bd. I S. 40.

[6]) Laurent, Principes de droit civil. 5. éd. 1893. Bd. XV N. 424.

contraint par la force publique à remplir ses engagements[1]). Damit ist bereits das Executionsverfahren als Realisierungsverfahren charakterisiert.

Diese Anschauungen über das Wesen der Obligation mussten ihren Einfluss ausüben auf die Interpretation der Art. 2092 und 2093. Wenn der letztere sich dahin ausdrückt: Quiconque est obligé personnellement etc., so erscheint das letzte Wort nach der herrschenden Auffassung geradezu als irrig, denn jede Obligation setzt ein persönliches Band, lieu de droit, voraus, ja schafft es überhaupt dergestalt, dass der Schuldner gehalten ist, den Inhalt des Engagements zu erfüllen[2]). Eben daraus soll sich auch art. 2092 erklären. Jede Obligation führt die gesetzliche Notwendigkeit mit sich, das Engagement zu erfüllen, der angenommenen Verpflichtungen nachzukommen. Diese Notwendigkeit aber besteht darin, dass der Schuldner gezwungen werde, die Obligation, die ihm obliege, zu erfüllen. Die Mittel und Wege dieses Zwanges gehen entweder auf die Person oder auf die Güter. Der genannte Artikel bestimmt, dass der Zwang unmittelbar nur gegen die letzteren gehen soll[3]).

Diese Interpretation, welcher wir bereits eine befriedigendere vorangestellt haben, vermag den in Frage stehenden Gesetzesbestimmungen nicht gerecht zu werden und dies, weil sie vom modernen Obligationsbegriff ausgeht und deshalb nicht anders als unhistorisch sein kann. Wenn aber Art. 2093 das Vermögen des Schuldners als das — gesetzliche und allgemeine — Pfand der Gläubiger hinstellt, so kann das seine Erklärung nur finden in dem Nachwirken von Vorstellungen, die auf einen von dem heute herrschenden völlig verschiedenen Obligationsbegriff hinauslaufen. Und in der Tat war dem altfranzösischen Recht der Unterschied von Schuld und Haftung geläufig und kannte es die letztere als obligatio rei und obligatio personae in dem Sinne, in welchem sie für das nordgermanische und für das sächsischdeutsche Recht nachgewiesen sind. Dabei ist die Überein-

---

[1]) Laurent cit. S. 477.

[2]) Laurent cit. Bd. XXIX S. 302.

[3]) Laurent cit. Bd. XXIX S. 299. Vergl. Baudry-Lacantinerie cit., Band III S. 603.

stimmung der Auffassung des Obligationenrechts in unsern Quellen mit derjenigen der genannten andern Rechtsgebiete eine so konsequente und bis ins Einzelste hinein so sichere, dass man diesem eigenartigen und grossartigen rechtsgeschichtlichen Phänomen seine Bewunderung nicht wird versagen können.

Die mittelalterlich-französischen Rechtsquellen sprechen häufig von einem obligierten Schuldner:

Frequanter arrestabantur et includebantur, inclusique detinebantur debitores obligati ad vires parvi et magni Sigillorum regionum Montispessulani et carcassone[1]) — —

Quod debitores obligati habitatoribus dicti loci — — compellantur ad solvendum etc.[2]).

Nach der herrschenden Anschauung über das Wesen der Obligation können solche Wendungen nur tautologische sein. Der debitor ist eo ipso obligiert. Er ist begriffsnotwendig is qui debet d. h. verpflichtet — obligiert. Er ist es, indem eine Handlung, eine Willensbetätigung von ihm verlangt resp. erzwungen werden kann. Deshalb muss diese Obligation die ganze Rechtspersönlichkeit des Schuldners, oder, wenn die nähere Begriffsbestimmung der Obligation eine Unterscheidung und Einschränkung zulässt, doch ganz sicher die geistigsittliche Existenz desselben, insbesondere seinen Willen zum Subjekt haben. Es muss aber auffallen, dass die Quellen sehr häufig den Körper des Schuldners obligiert sein lassen. Bei dieser Ausdrucksweise versagt die Auslegungs- und Übersetzungskunst, die im debitor obligatus den verpflichteten Schuldner wiedererkennt.

Nus cors d'omme n'est pris pour dete, s'il n'a par letres son cors obligié[3]). On doibt faire obliger le corps qui peut etc.[4]). L'en doit prendre le corps du debteur si partie le requiert et ad ce soit obligé le corps et tenir en prison etc.[5]).

---

[1]) Letres confirmantes a. 1402 zu dem Réglement de la Jurisdiction du Sceau de Montpellier Ord. VIII S. 539.

[2]) Priv. de St. André art. 12 vergl. Coutumes de Bergh St. Vinox art. 9. Melun cit. Z f.R.G. VIII 134.

[3]) Beaumanoir, 696.

[4]) Cout. de Bourges art 154.

[5]) Cout. et Institutions de l'Anjou et du Maine F tit IX N. 945.

et avoit oblegiet son cors[1]), detention de leurs corps, si obligez y estoient[2]), en obligeront — — leurs corps[3]). Quand il advient que aucune personne oblige son corps à autre personne[4]). Un debteur obligé par corps etc.[5]), le corps de celuy qui reçoit le commandement, est obligé — — combien qu'il si ait été rien dit de ladite obligation de corps.[6])

Der Körper ist obligiert. Aber er kann es nicht sein, der schuldet. Er ist es nicht, der die „Obligation" eingegangen, die „Schuldverbindlichkeit" übernommen hat. Nur eine Revision unserer Auffassungen über die Obligation kann aus diesem Dilemma befreien. Der schuldnerische Körper, d. h. zunächst die Bewegungsfreiheit des Schuldners, häufig auch seine Arbeitskräfte, sind Haftungsobjekte. Sie stehen selbst nicht im Schuldverhältnis, im Gegenteil, liegen völlig ausserhalb desselben. Aber sie sind eingesetzt um die zweckentsprechende Ausführung, Erfüllung des Schuldvertrages zu garantieren resp. um andernfalls dem Gläubiger zu Ersatz und Genugtuung zu dienen. Dies vermögen sie, weil sie wirtschaftliche Werte repräsentieren. Ist dem so, dann müssen aber auch all' die zahllosen (andern) Güter des menschlichen Verkehrs diese nämliche Funktion auszuüben vermögen und dann müssen sie wohl auch tatsächlich diesem Zwecke dienstbar gemacht worden sein. Ausser von diesen Obligationen, die auf den Leib des Schuldners gehen, müssen die Rechtsquellen uns auch von der Obligierung irgend welcher Vermögensobjekte oder auch ganzer Vermögen berichten. Das ist denn auch in reichstem Masse der Fall.

Si quis bonum obligaverit — — si quis res alterius dat vel vendit vel obligat[7]), — — domum predictam, que erat obligata[8]), bona sua patrimonialia ubicumque sita nobis

[1]) Artois II. 3 S. 13.
[2]) Sauvegarde Royale a. 1368 Ord. Bd. V.
[3]) Bure art 8.
[4]) Très ancienne Coutume de Bretaigne a. 312
[5]) Meleun art 23.
[6]) Abbeville ch. 30.
[7]) Fribourg art 42 u. 48. a. 1120.
[8]) Olim Bd. III a. 1301 N. 67 S. 109.

propter hoc obligando[1]), hereditates et res immobiles obligate[2]), hereditatem suam eidem J. obligasset — — dictas res obligatas[3]), creditores, quibus castra et terre cum pertinenciis obligata existuent[4]), obligaverunt ipsi debitores ipsis creditoribus omnia eorum bona[5]).

Des dettes ausquelles l'heritage est obligé. Item quoyqu'il soit ainsi que quelqu 'un ait reconnu pendant sa vie devant la loy d'estre débiteur envers un autre de certaine somme de deniers — — y obligeant son heritage etc.[6]), obligatio facta super bonis cujusdam debitoris[7]).

Quia bona sua obligavit — — si habet bona immobilia debet obligare ea[8]), obligaverunt omnia sua bona praesentia et futura[9]).

Se l' heritages est obligiés[10]) — — ai je obligié tout le mien present et avenir, muebles et heritages, etc.[11])

Si un heritage estoit obligé pour aucune somme d'argent — obliger son heritage — obligation sur biens meubles — obliger tous ses biens meubles et par especial heritages — en obligeant tous ses biens, meubles et heritages quelconques generallement et specialement[12]), sur l'obligation de tous mes biens, — le sien luy est obligé, — les choses qui sont obligées par especiauté — celles qui sont obligez en generalité, — si fais-tu le tien obliger jusqu'au prix de ma somme, — son bien sera et demeurera obligé pour les causes etc.[13]).

---

[1]) Olim cit. a 1312 S. 816.

[2]) cit. Band II a. 1296 S. 409.

[3]) cit. II a. 1304 S. 470.

[4]) cit. II a, 1294 S. 371.

[5]) Speculum juris III, 3 S. 340.

[6]) Ipre a. 1532 ch. 197; vergl. Bourbourg, 17. Jahrh. Rubr. VII, Art. 1 N. 7.

[7]) Arresta des Echiquier de Normandie a. 1283 S. 130.

[8]) Perpignan art. 14, art. 64.

[9]) Apt. S. 132.

[10]) Beaumanoir 1074.

[11]) cit. XXXV, 20.

[12]) Bouteiller I, tit. 25 S. 136, 137, 145.

[13]) La très ancienne C. de Bretaigne. art. 86, 307, 308, Anciennes C. tit. XI, N. 190.

Le roy a l'execution de toutes lettres esquelles personnes d'église ont en sa cour obligé leur temporel[1]).

Ce heritaige est obligé pour le tout au possesseur ne peut-on demander que pour tant que la chose qu'il posside, est obligée[2]) — — execucion sur la chose obligée[3]).

Diese urkundlichen Zeugnisse beweisen unwiderleglich, dass das mittelalterlich-französische Recht eine rei obligatio gekannt hat. Diese rei obligatio aber verlangt gebieterisch eine begriffliche Würdigung. Denn die herkömmliche Auffassung der Obligation versagt in Anbetracht dieser rechtshistorischen Erscheinung. Ihr ist nämlich das Schulden wesentlich, die aus dem Vertrag sich ergebende „Schuldverbindlichkeit". Nun ist aber die Vertragsschuld nichts anderes, als „das auf die Leistung des Vertragsgegenstandes, auf die Erfüllung des Schuldvertrages gerichtete rechtliche Sollen"[4]). Augenscheinlich ist es nun aber nicht der Sinn der herangezogenen Quellenaussagen, die Sache zum Subjekt der Schuld zu machen. Die sächliche Obligation, wie sie das ganze spätere Mittelalter hindurch trotz aller sonstigen örtlichen Zerklüftung der Rechtsbildung im Süden wie im Norden lebte, kann also ihrem Wesen nach nichts gemein gehabt haben mit der Obligation, wie wir sie bei Pothier, im Code, bei den Kommentatoren antreffen. Sollte dies etwa auch zutreffen für die persönliche Obligation des très ancien droit? Doch bevor wir die grossen neuen Perspektiven, die diese Frage uns eröffnet, verfolgen, noch ein anderes. Bevor wir nämlich zeigen wollen, dass in der Tat die Quellen die persönliche und sächliche Obligation nebeneinander stellen und so völlig gleich behandeln, dass ein begrifflicher Unterschied zwischen ihnen nicht mehr behauptet werden darf, sei auf den positiven Inhalt des Obligationsbegriffes hingewiesen, der allein eine obligatio rei verständlich machen kann. Und damit wird zugleich die Basis für das folgende gewonnen sein. Denn wenn der landläufige Obligationsbegriff nicht im Stande ist, die Sachobligation zu erklären, so wird sich umgekehrt der von der letzteren

[1]) Grand coutumier I II ch. XV, S 214.
[2]) C. et. Inst. de l'Anjou et du Maine M. XVI N. 262 S. 252.
[3]) cit. N. 264 S. 253.
[4]) Puntschart 104.

her gewonnene Begriff ungezwungen auch auf die personae obligatio anwenden lassen.

Die obligatio rei kann nämlich, da sie unmöglich ein Leistensollen im Sinne des Schuldens[1]) enthält, nur das Haften der Sache bedeuten, ihr rechtliches Bestimmtsein zu dem Zweck nötigenfalls als Satisfaktionsobjekt zu dienen. Die Sache ist obligiert will demnach sagen, sie stehe ein zu dem genannten Zwecke, sie sei zur Erfüllung desselben gebunden. Diese Auffassung der Obligation als einer Bindung, Haftung ist denn auch diejenige der Quellen.

. . . hereditates et res immobiles adstricte et obligate[2]), G. ligatus et obligatus[3]), Sçachez que obligation sur biens meubles ne contrainct ne lie l'obligé que s'il demeure en la possession de ses biens etc.[4]) — — Si que li sires te fait adjorner que tu viengnes en sa court pour raemplir un chirographe ou tu te seras liiés[5]), et fait ledit tel ceste requeste de lectre sur les biens et choses de son obligacion, et selon le contenu de sa lectre requise en laquielle se lierent et obligerent tel et telle sa femme etc.[6]), à la quelle rente poier et continuer se lia et obligea tel envers tel[7]), sa lettre requise: en laquelle se lya et obligea D. P. — —[8])

Da somit die Sache, soweit sie obligiert ist, als gebunden erscheint, muss die Beendigung der Obligation, der Haftung als eine Befreiung der Sache, als deobligare wie es in mittelalterlichen Quellen gelegentlich heisst[9]), erscheinen. So heisst es denn auch in den Olims:

Cum Dyonisius Ch. precium domus sue, quam vendiderat Symoni d'E. scutifero, quod precium, propter debatum parcium erat in manu prepositi Parisiensis, peteret sibi reddi; et e

[1]) Da überall die herangezogenen Stellen eine solche Auffassung verbieten; vergl. übrigens oben S. 26 n. 4.

[2]) Olim Bd. IV a. 1296 N. XX.

[3]) cit. a. 1278 N. II.

[4]) Bouteiller I cit. 25 S. 136.

[5]) Artois II, 2.

[6]) C. et inst. de l'Anjou et du Maine FN. 920 S. 328.

[7]) cit. N. 919.

[8]) cit. M. N. 181 S. 451.

[9]) Puntschart 119.

contra dictus Symon diceret quod, secundum convenciones inter ipsos habitas, idem venditor domum predictam, que pro suis erat debitis obligata, debebat ante omnia ab obligacionibus hujusmodi liberare etc.[1]) vergl. bona liberata[2]), desliance et delivrance de l'obligation[3]).

Dass es sich bei dieser Bindung, Obligierung wirklich um eine Haftung handelt, um ein Einstehen, um ein Verstricktsein als Pfand, das deuten Stellen an wie die folgenden.

Celuy qui a rente ou autre prestation annuelle créée depuis trente ans ou autre debte sur aucun qui luy soit obligé et ses biens et choses hypothequées et obligées au payement etc.[4]), héritaige obligé et ypothéqué[5]), et pour ce mets en la main du Seigneur les heritages obligez et hypothequez en l'obligation[6]).

Par la loy escrite tous les biens de celuy qui doit aucune chose, ou treu publique ou du Seigneur, par celle mesme nature et condition sont obligiez et vallent comme gages ou qu'ils soient. — — tous les biens de ceux qui doivent à la bourse du seigneur, dessous qui ils sont iusticiables, sont obligez comme gages etc.[7]), toute chose qui est obligée et hypothequée par celuy qui faire le peut en aucune debte envers aucun creancier[8]).

Pour obleger et submettre hypotequairement les heritages etc[9]).

Personne ne peut obliger ni engager ses fonds d'héritages pardevant d'autres Juges ou Loix etc.[10]).

All' diese Nebeneinanderstellungen des Obligierens und des

---

[1]) Olim III, a. 1301 N. 67 S. 109.

[2]) cit. II, a. 1294 N. 12 S. 375.

[3]) C. et Inst. de l'Anjou et du Maine F. N. 1171. S. 445

[4]) Anjou Part. XV. art. 475.

[5]) Anjou et Maine E No. 336.

[6]) Bouteiller 1 I. tit 69.

[7]) Cit. tit. 102 S. 587.

[8]) Mante tit. I art. I No. 2, vergl. auch die gleichbedeutende Tautologie in Anjou et Maine E N. 327: Si aucun a rente sur autruy qui à icelle soit obligé paiez et ses biens affectez et ypothequez etc. und Eu art. 209 S. 195: Les biens du obligé sont affectez et hypothequez etc.

[9]) Baudimont Art. 1 No. 9.

[10]) Bruges tit. 24 art. 1 No. 16.

Verpfändens haben tautologischen Charakter[1]). Die verschiedenen Wendungen sagen dasselbe. Die obligierte Sache ist die zu Pfand gesetzte Sache. Das sagen denn auch die Quellen ausdrücklich.

Si vir et uxor, communi consensu, vendiderint vel pignori obligaverint etc.[2]), res que ipsas etiam titulo pignoris vel ypothece obligari non liceat[3]), obligiez et vallent comme gages[4]).

Eine Sache kann nicht schulden. Davon kann wenigstens in all diesen Fällen, in welchen wir in den Quellen auf eine rei obligatio stossen, keine Rede sein. Wohl aber kann eine Person haften, gebunden sein als Ersatz- und Genugtuungsobjekt. Mit Recht weist darum Punschart nachdrücklich darauf hin, dass Wesen und Zweck der personae obligatio von der rei obligatio aus bestimmt werden müssen. Schon Brinz hatte diesen Weg eingeschlagen. Er allein lässt die von vornherein schon unbefriedigende und gefährliche Annahme vermeiden, die Quellen hätten mit dem Ausdruck obligatio begrifflich verschiedene Vorstellungen verknüpft, je nachdem sie ihn auf Personen oder Sachen bezogen. Diese Annahme verbietet sich aber geradezu, wenn man sieht, dass, wie schon angedeutet, die mittelalterliche Rechtssprache selbst solche Unterschiede nicht macht, vielmehr die persönliche und sächliche Obligation mit und nebeneinander nennt und sie dergestalt gleich behandelt, dass nur der Schluss zulässig erscheint, sie müssten ihrem Wesen nach identisch sein.

Tu te fuisses oblegiés por prendre et arriester ten cors et tes biens — — — — avoit oblegiet sen cors et tout le sien[5]).

On doit faire obliger le corps qui peut et qui ne peut l'en doibt faire obliger biens meubles et immeubles etc.[6]) et oblige corps et biens[7]), sont tenus et reputez obligez corps et biens[8]).

[1]) Puntschart 118.
[2]) Salon S. 254 Abs. 1.
[3]) U. Barchinone Patriae No. 157.
[4]) Bouteiller cit.
[5]) Artois II, 2, 3.
[6]) Bourges art 154.
[7]) Grand coutumier S. 835.
[8]) Meleun art. 315.

Doch auch wo nicht vom Leibe des Schuldners, auf den die Obligation gehen soll, die Rede ist, wird die Obligierung resp. das Obligirtsein der schuldnerischen Person und der Güter in einem Atemzuge genannt.

— — j'ai obligié moi et mes oirs, et tout le mien present et a venir muebles et eritages, — obligier lui et le sien et ses oirs[1]), se et predictam societatem et eorum bona obligasset ad etc. — — socius seu fautor alicujus societatis eamdem societatem et ipsius societatis mercatores et eorum bona potest efficaciter obligare[2]), — — de l'obligacion de leurs personnes, de leurs hoires et de tous leurs biens — — en obligeront touz leurs biens et de leurs hoirs; et par especial, le fons de la terre et touz leurs autres biens quelz que il soient, leurs corps et toutes autres choses[3]), obligation generale de la personne et de tous ses biens, meubles et immeubles[4]).

Doch in all diesen Fällen handelt es sich ausschliesslich um persönliche Obligationen. Die Person haftet und zugleich die Sachen. Doch haben wir bereits Stellen namhaft gemacht, in welchen nur von der Obligierung von Sachen gesprochen wird. Sie müssen wir im Auge behalten, wenn die Quellen unterscheiden:

Et sont en droit deux obligacions, c'est assavoir obligacio personalis et obligacio realis[5]), en obligacions soient reelles ou personnelles[6]) — — sequentibus realibus ac personalibus obligacionibus preferetur[7]), en obligation qui se fait personnellement ou en obligation d'hypotheque[8]), obligation personnelle[9]), — obligation réelle[10]).

Und endlich noch die charakteristischen Wendungen bailler

---

[1]) Beaumanoir 1094, 1096.
[2]) Olim Bd. IV a. 1317 No. 3 S. 1194.
[3]) Bure S. 474, 476. art. 8.
[4]) Berg St. Vinox Rubr. VIII No. 8.
[5]) Livre des droiz No. 757 Bd. II S. 190.
[6]) Anjou et Maine L No. 266.
[7]) Olim Bd. II a. 1300 No. 2.
[8]) Bouteiller l. II tit. XX S. 686.
[9]) Audenarde Rub. VIII No. 14.
[10]) Bruxelles tit. X No. 131.

caution soit de corps ou de biens[1]) De la caution personnelle et réelle. — — Celuy qui a caution personnelle et réelle conjointement, de biens immeubles pour une dette a le choise de proceder pour toute la dette contre la caution personnelle ou réelle[2]).

Danach ist die Obligation und zwar sowohl die persönliche als die sächliche eine Bürgschaft[3]). Schon haben wir sie als ein Einstehen zu Pfand kennen gelernt. Damit haben die Quellen selbst den Zweck dem die Obligation zu dienen bestimmt ist, gekennzeichnet. Bürgen und Pfänder sind cautions und wenn auch der heutige Sprachgebrauch nur noch die erstern so zu nennen pflegt, so trifft die Bezeichnung doch auch für die zweiten zu, da der Ausdruck nichts anderes besagt als „Sicherheit“. Als eine solche Sicherheit also bezeichnen die Quellen die Obligation. Man vergl. noch: per litteras suas obligaverant se ad garanciandum eisdem res hujus modi venditas[4]) reus velit obligare possessiones suas existentes in potestate prioris — — non debet ad aliam securitatem prestandam compelli. Und vor allem folgende „Sicherheit“:

C'est la seurté que li cuens de R. vint faire de penre droit, et de paier et de rendre ce que on trouvera par droit que il doie faire. Et premiers, il oblige tout son heritage et toute sa terre et l'iretage et la terre la comtesse qui bien vaut deus mille livres de tournois par an — — Item liarcediacres d'A. s'en establist pleges, qui bien a d'eritages mille et cinc cens livres de tournois par an et plus, et le plus bel chastel de la terre. Item, madame dou B. et H., ses fins, s'en establissent plege, la quelle dame renonça a la loy Velleyen et a tous privileges pour les dames, et i obliga li et tous ses biens. Item li G. des H. s'en establist plege. Item s'il sante a la court que il n'en i ait asses, il est pres qu'il enforce la seurté a la

---

[1]) Peule Art. 1 No. 2.

[2]) Audenarde Rub. XIII No 4.

[3]) Vergl. Puntschart 162 fg. Dass auch das französische Recht im Bürgen den bloss Haftenden, der nicht schuldet, erkennt, geht aus allen älteren Rechtsquellen deutlich hervor. Hier sei nur hingewiesen auf den Grand Coutumier de Normandie ch. 60. Lettres en faveur des Marchands a. 1304 Ord. I S. 414 fg. art. 7. Lettres v. Charles V a. 1370 Ord. V, S. 384.

[4]) Olim Bd. II a. 1301 No. 3.

volonte le Roy. Item, li cuens de V. qui tous ces biens i obliga. Ista securitas capta fuit per magistrum H. et magistrum J. que fuit curie sufficiens[1]).

Weil demnach die Obligation eine seurté, eine caution, eine Sicherheit ist, kommt es ihr zu, der Schuld zu dienen. In Hinsicht auf diese wird sie errichtet. Immer wieder bemerken dies die Quellen: habent terram de B. pro debitis usque ad certum tempus sibi obligatam[2]) domum que pro suis erat debitis obligata[3]).

Si quis rem immobilem pro aliquo debito duxerit obligandam[4]), usurarii et facientes similatos contractus, habentes aliqnem seu aliquos super aliquo vel aliquibus debitis — — obligatos[5]).

Quand il advient que aucune personne oblige son corps à autre personne pour certaine dette etc.[6]), obliger pour dettes ses rentes, ses actions, ses meubles, ses cateux mobiliaires etc.[7]).

Se aulcuns veulent faire obliger aultres à eulx pour debte[8]).

Doch zwei Punkte bedürfen hier noch der Erläuterung. Es müssen einmal die Wirkungen des Schuldvertrages, die durch die Obligation gesichert werden sollen, namhaft gemacht werden. Und dann erscheint es geboten, die Art und Weise, wie die Obligation ihre sichernde Funktion ausübt, noch des nähern zu bestimmen. Nach beiden Richtungen hin haben sich uns bereits Ausblicke eröffnet.

Auf Grund des Schuldvertrages soll der Schuldner zunächst halten und ferner erfüllen. Es ist das Verdienst Siegels[9]), zuerst nachgewiesen zu haben, dass damit zwei ver-

[1]) Olim Bd. II, a. 1282 No. 29.

[2]) Cit. Bd. II, a. 1278 No. 54.

[3]) Cit. Bd. III, a. 1301 No. 67.

[4]) Lettres en faveur des Barons etc. v. Philippe IV. a. 1303. Ord. I S. 405 f. art. 2.

[5]) Embrun art. 19.

[6]) Bretaigne art. 311.

[7]) Bergh St. Vinox Rub. VIII No. 9.

[8]) Bourges 155 S. 896.

[9]) Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Berlin 1873.

schiedene Wirkungen gegeben sind, die der Schuldvertrag auf die Person des Schuldners ausübt. Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Halten- und Leistensollen ergab sich ganz besonders für den Fall der aufschiebend bedingten Vertragsschuld. Denn in Anbetracht einer solchen ist der Schuldner verpflichtet ein gegebenes Wort zu halten, ohne dass gleichzeitig eine Verpflichtung, dasselbe zu erfüllen, besteht. Vielleicht kommt es zu dieser letzteren Verpflichtung nie. Doch besteht der Vertrag zu recht. Seine Wirkung beschränkt sich zunächst auf das Haltensollen, d. h. nach Siegel darauf, dass der Schuldner nicht mehr beliebig zurücktreten kann. Neuerdings hat nun auch Puntschart auf eine Erscheinung in unsern Quellen hingewiesen, zu deren Erklärung wir der Unterscheidung des Haltensollens und des Leistensollens nicht entraten können: Die Quellen sprechen nämlich von „Halten" auch dort, wo es nichts mehr zu erfüllen giebt, wo es sich vielmehr um bereits Geschehenes, also in der Vergangenheit Liegendes, nicht um Zukünftiges handelt[1]). Das ist wirklich in dem Sinne beweiskräftig, dass der mittelalterlichen Rechtsanschauung die genannte Unterscheidung geläufig war Nur kaun, das beweist ebenfalls die neu herangezogene Erscheinung, das Haltensollen keineswegs bloss den Ausschluss des Widerrufsrechtes, das Nichtmehrwiderrufenkönnen bedeuten. Offenbar kommt ihm die weitere Bedeutung zu, die Vermeidung jedes „Zuwiderhandelns gegen das Geschehene, wie es in der mannigfachsten Weise denkbar ist" als das rechtliche Bestimmtsein des Schuldners zu charakterisieren. Der Schuldner soll den Vertrag halten will besagen, dass er ihm nicht zuwiderhandeln soll, insbesondere — das stellt den bedeutendsten Fall des Zuwiderhandelns dar — dass er ihn nicht umgehen soll[2]). Da-

[1]) Puntschart 74 f. 83.

[2]) Das Nähere darüber vergl. bei Puntschart, S. 93 f. Das Haltensollen definiert er als das rechtliche Bestimmtsein, dem Zwecke des Schuldvertrages, der künftigen Erfüllung in keiner Weise zuwiderzuhandeln, ihn nicht zu vereiteln, die Erfüllung des Vertrages weder wissentlich noch unwissentlich zu erschweren oder unmöglich zu machen, alles zu unterlassen, was dieselbe störend und hindernd beeinflussen oder gefährden kann. Es wird also bei der Begriffsbestimmung nur der Fall berücksichtigt, dass noch nicht erfüllt ist. Die Bedeutung der Tatsache, dass die Quellen auch in Bezug auf bereits Erfülltes reden, soll hauptsächlich nur darin liegen, dass sie die begriffliche Verschiedenheit von Halten und Leisten aufzeige S. 94. Im

hei muss nur noch erwähnt werden, dass das Verstossen gegen das Haltensollen den Schuldner ersatzschuldig macht. „So verschieden gegen das Haltensollen gehandelt werden kann, so verschiedene Schulden auf Ersatz gehend können daraus entstehen".

Die zweite Wirkung des Schuldvertrages, diejenige, um derentwillen der letztere eingegangen wurde, besteht im Leistensollen. In diesem liegt das von Anfang an Beabsichtigte und Gewollte. Um ein Müssen handelt es sich dabei nicht. Vor der Fälligkeit giebt es kein Müssen, wohl aber existiert schon dann die Schuld. Sie ist also nur ein Sollen im Sinne des rechtlichen Bestimmtseins. Ein derartiges Sollen kann sich auch an Sachen knüpfen. Die Schuld aber ist das Sollen einer Leistung, ein Leistensollen.

Weil die Wirkungen des Schuldvertrages nur ein Sollen im Sinne des rechtlichen Bestimmtseins bedeuten, soll zur Sicherung eine Haftung einspringen. Und zwar soll sie es entweder für das Haltensollen resp. allfällige Ersatzschulden oder für das Leistensollen, die Vertragsschuld oder für beides zusammen [1]. Haftung für die Vertragsschuld:

Est usus sive consuetudo Tholose, quod uxores se possunt obligare creditoribus cum maritis seu pro maritis ad debitum

---

übrigen sei zwar nach deutscher Vorstellung auch das Aufrechterhalten dessen, was der bereits vollzogene Vertrag bewirkt habe, ein Halten, „aber eigentlich kein Halten des Vertrages, den man sich in dem Falle doch immer als erst zu erfüllen denkt, sondern ein Halten des Rechtszustandes, den der erfüllte Vertrag zur Folge hat, eine notwendige Folge der Verpflichtung, den Vertrag zu halten". Das Halten sei hier also kein unmittelbares Halten des Schuldvertrages. Dann denke man an das Nichtzuwiderhandeln gegen bereits Erfülltes gewöhnlich doch nicht, wenn vom Halten des Schuldvertrages die Rede sei. Diesen Erwägungen gegenüber scheint es mir freilich betonenswert, dass im mittelalterlichen Recht die Haftung genau in gleicher Weise das Halten nach der Erfüllung wie dasjenige vor derselben sichern muss, dass den Quellen die Unterscheidung eines unmittelbaren und eines mittelbaren Haltens des Schuldvertrages fremd ist. Historisch ist es deswegen wohl genauer in das Haltensollen die Anerkennung des geschaffenen Rechtszustandes nach allen Seiten hin und in allen Konsequenzen aufzunehmen, so dass auch die Aufrechthaltung des bereits Geschehenen darunter fällt. Dies ist schon die Auffassung Lönings, der Vertragsbruch S. 130.

[1]) Puntschart l. cit. 209 f.

seu debita solvenda et tenentur et sunt obligate ad solutionem inde faciendam de bonis suis etc.

Est usus et consuetudo Tholose, quod si aliqui fuerint insimul duobus creditoribus vel pluribus ad solvendum aliquod debitum obligati etc.[1]) nobis de dicto debito satisfacere promisit, bona sua matrimonialia ubicumque sita nobis propter hoc specialiter obligando — — et ob hoc totale debitum dicti H. nobis soluturum se obligaverint[2]).

Cum G. de V. certam pecunie quantitatem a I. C. mutuo recepisset, et pro ejus solucione, ad certum terminum inter eos conventum, facienda, hereditatem suam eidem I. obligasset[3]).

Obligation d'hypoteque est quand aucun oblige par forme d'hypoteque tous ses biens meubles et par especial heritages, pour l'accomplissement d'aucuns contracts ou conuention où il se lie — ses biens — — demeurent obligez et hypothequez à ce satisfaire et payer etc.[4]).

Haftung für die Vertragsschuld und allfällige Ersatzschulden: seurté que li cuens de R. vint faire de penre droit, et de paier et de rendre ce que on trouvera par droit que il doit faire[5]), tu te fuisses oblegiés por prendre et arriester ten corps et ten biens par toutes justices, por tes convenences faire tenir et aemplir[6]), — — le vendeur promist à loyaument liurer et conduire ledict marché — — En obligeant quant à ce faire tenir et accomplir ledit vendeur, tous ses biens, meubles et heritages quelconques — — Et en plus grand seureté et à fin de ne iamais venir contre les choses, dessudictes, n'aucune d'icelles, ledit vendeur a obligé et oblige son propre corps[7]).

Tu me dis que om fet en Vermandois une forme de letres teles: que li emprunteeur dient en lor letres et enconvenancent qu'ils rendront toz les couz et tozles domages que li presteeur i auront sans plus fere encontre etc.[8]).

---

[1]) Toulouse P. II tit. 1 No 68 und 70.

[2]) Olim Bd. III, a. 1310 No. 52.

[3]) Cit. Bd. II, a. 1304 No. 5.

[4]) Bouteiller I, tit. XXV, S. 137.

[5]) Olim Bd. II, a. 1282 No. 29.

[6]) Artois II, 2.

[7]) Bouteiller I tit. XXVI S. 145.

[8]) Pierre de Fontaine XV, 27.

Pro quibus omnibus et singulis firmiter observandis, adimplendis obligaverunt etc. [1]).

Quant aucuns s'est obligiés par letres a paier detes ou a tenir aucunes convenences, et on le suit pour sa defaute, il doit estre premierement contrains a paier le principal et après les damages [2]).

Li communs cours de soi obligier par letres, pour aucune dete ou pour aucune convenance si est que l'en met volontiers es letres que cil qui baille la letre, s'oblige a rendre cous et damages que li creanciers i avroit par defaute du paiement ou de la convenance non tenue etc. [3]).

Haftung für das Haltensollen, resp. eventuelle Ersatzschulden:

Promettons — — les dites franchises et les convenances tenir et garder fermement sans venir encontre et nous obligeons nous, nos hoirs et successeurs, et tous nos biens muebles et non muebles presens et à venir en quelques lieux que ils soient et voulons et octroyons que notre hoir et notre successeurs qui seront hoir après nous de la dite Terre de Ch. seront tenu à jurer que il les dites franchises et les convenances dessus dites garderont et tenront — — et en obligeons nous etc. [4]).

Vor allem aber folgende vorzügliche Obligationsformel Beaumanoirs:

„Je, Pierre de tel lieu, fes savoir a tous ceus qui ces letres verront et orront que je, pour mon pourfit et pour ma grant necessité, ai vendu a Jehan de tel lieu et a ses oirs a tous jours pardurablement tel eritage — —. Pour tel pris d'argent que j'ai eu et receu en bonne monoie, bien contee et bien nombree, et l'ai convertie en mon pourfit et m'en tieng pour paiés; et cel marchié dessus dit ai je creanté a garantir a tous jours audit Jehan et a ses oirs contre tous en tele maniere que, se li dis Jehans ou si oir avoient peine, cous ne damages par la defaute de ma garantie, je leur seroie tenus a rendre tous cous et tous damages qu'il i avroient avec la garantie

[1]) Speculum juris l. III p. III S. 340.
[2]) Beaumanoir 1089.
[3]) Cit. 1086.
[4]) Chitry art. 5.

dessus dite par loiaus prueves." Und Beaumanoir fährt fort: Et s'il veut, il se puet bien en plus obligier, car il puet dire: „Des queus cous et des queus damages li dis Jehans ou si oir seroient creu par leur serement simple sans autre loi fere; et a ce tenir fermement j'ai obligié moi et mes oirs, et tout le mien present et a venir, mucbles et eritages, a estre justicié par quelconque justices il pleroit audit Jehan ou a ses oirs ou a celi qui ces letres porteroit, aussi pour les cous et pour les damages comme pour le principal, et a prendre, vendre et desprendre sans nul delai dusques a tant que li coust et li damage seroient paié et que j'avroie fet loial garantie de la vente dessus dite. Et ai renoncié en ce fet a toute aide de droit, de loi, de canon, de coustume de pais — —" [1]).

Diese Formeln spiegeln die Rechtsauffassung des Mittelalters in der denkbar schärfsten und klarsten Weise wieder. Sie nennen den Schuldvertrag und seine beiden Wirkungen auf die Person des Schuldners, das Halten- und das Leistensollen. Und nachher nennen sie als ein Neues, vom Schuldvertrag Verschiedenes die Haftung und zum Schlusse die Renunciationen [2]). Das wiederholt sich bei Beaumanoir in no. 1095.

Zuerst der Schuldvertrag. Et quant toute la transmutacions est devisee, cil qui la letre baille se doit obligier a garantir ce qu'il li baille par eschange, a tous jours a li et a ses oirs et renoncier etc. und in 1096: je doi a Jehan de tel lieu XX lb. de parisis pour la vente etc. — — donques doit l'en dire en la letre de quoi la dete est et puis obligier lui et le sien et ses oirs a paier, et puis fere la renonciacion etc.

Zahlreiche der angeführten Quellen haben uns nicht nur das pro debito obligare nach der Richtung hin erhellt, dass sie über die Wirkungen des Schuldvertrages und die Sicherungsbedürftigkeit derselben Auskunft gaben, sondern sie haben auch schon aufgedeckt, in welcher Art denn diese Sicherung durch die Obligation bewerkstelligt werde. Sie geschieht dadurch, dass dem Gläubiger dank der Haftung das Recht zusteht, im

[1]) Beaumanoir 1094.

[2]) Verzicht auf die Rechtswohltaten, welche möglicherweise dem Schuldner zu gute kämen. Meynal, des renonciations au moyen âge. Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr. 1902, XXVI, S. 49 fg. 649 fg.

Fall, dass die Schuld nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, sich an die haftenden Objekte zu halten, sich an ihnen Schadens zu erholen, durch sie sich Genugtuung und Ersatz zu verschaffen.

. . . avoit obligiet sen cors et tout le sien envers toutes justices a prendre, se en defaute estoit dou paiier[1]).

— — Guillelmo debitum hujus modi ad conventum terminum non solvente predictus I. dictas res obligatas per custodes nundinarum Campanie procuravit vendi[2]), obligaverunt — — ita quod a termino in antea, si tunc solutio non fuerit facta, liceat ex pacto ipsis creditoribus et cuique ipsorum propria auctoritate — — dictorum bonorum et quorum ex eis voluerit ingredi possessionm et ea accipere, vendere et alienac, aliis obligare et apud se justo pretio retinere et in se indemnes servare tam de impensis quam de sorte etc.[3]).

Deshalb heisst denn die Herstellung einer Haftung geradezu concedere:

Si quis Burgensis Sancti Audomari alicui pecuniam suam crediderit, et ille cui tradita est, coram legitimis hominibus in Villa sue hereditariis, sponte concesserit: quod si die constituta, pecunia illam non persolverit, ipse vel bona ipsius, donec omnia reddant, retineantur etc.[4])

oder assignare: Pro qua garendia ferenda predictus eumdem Fulconem assignavit specialiter et expresse ad dictam domum suam — — ita tamen quod si ipsa domus dicti Johannis — — fuerit in aliquo erga alium obligata, idem Johannes iterato eumdem Falconem assiguavit ad omnia bona sua mobilia et immobilia praesentia ct futura — — et omnia premissa et singula idem Johannes in abandonum et contravadium pro dicta garendia ferenda erga Fulconem supradictum[5]).

Also auch als ein abandon erscheint die Obligation. So spricht auch Piere de Fontaines in der bereits herangezogenen Stelle von dem abandon de botes lors choses.

---

[1]) Artois II, 3.

[2]) Olim Bd. II, a. 1304 No. 5.

[3]) Speculum juris cit.

[4]) St. Omer art. 2.

[5]) Cartulaire d'Avenay n o CII S. 143 siehe Esmein, Etude sur les contrats dans le très ancien droit français S. 179.

Endlich wird die Obligation auch als regressum charakterisiert:

Si quis dederit generalem regressum super bona vel res suas et postea aliquam rem de bonis suis vendiderit vel specialiter obligaverit[1]).

Da sich im Fortgange der Darstellung noch mehrfach Gelegenheit bieten wird, dieser Funktion der Haftung näher zu treten, mögen zunächst die angeführten Belege genügen. Sie erhärten bereits, dass erst im Falle der Nichterfüllung der Schuld die Obligation ihren Zweck erfüllt. Dann erst wird auf die obligierte Sache oder auf die obligierte Person gegriffen, d. h. es wird zur Exekution geschritten. Diese hat demnach ihre materiell rechtliche Grundlage in der Haftung, und stellt sich, da sie dem Gläubiger Genugtuung verschaffen soll anstatt der Schuld, für die Schuld, als Satisfaktionsverfahren dar.

Nur ein Punkt bedarf dabei noch besonderer Hervorhebung. Ein Akt der Verfolgung der haftenden Person liegt bereits in der Klage. Sie schon geht nicht aus dem Schuldvertrag hervor, sondern unmittelbar nur aus der Haftung. Sie ist schon eine Äusserung der Macht des Gläubigers, die ihre Grundlage allein in der Haftung findet[2]). In diesem Sinne ist der Satz aufzufassen, den Beaumanoir der obenangeführten Obligierungsformel voranstellt:

L'en ne me puet suir pour cous ne pour damages par nostre coustume pour defaute que je face de paiement, se je ne me sui obligiés au rendre[3]).

Man vergleiche ferner Bouteiller: Laquelle peine ou quint denier que mieux plaira ordonner audit achepteur ou porteur de ces lettres, à qui toutes les actions et vigueurs de ceste presente obligation est promise etc.[4]) und in deutlicher, sachlich nicht falscher Anlehnung an das römische Recht:

Puis que monstré vous ay la maniere à faire et articuler sa demande, si vous veux monstrer de quoy demande peut estre faicte, et se peut naistre. Si peut et dois sçavoir que tu n'as

[1]) Montpellier 1205 a. XII

[2]) Über die Bedeutung, die daher der Haftung zukommt vergl. Puntschart 207 f.

[3]) 1094.

[4]) C. I tit XXVI S. 144.

ne peux auoir cause de faire à ancun demande, s'il n'est ton obligé. car autrement tu n'aurois action[1]).

Si comme le droict dit en l'institule: obligation est mère des actions, car selon reson je ne puis aucun traire en jugement se il n'est mon obligé[2]).

Unzweifelhaft aber geht die Richtigkeit dieser Auffassung aus dem Falle der reinen Sachhaftung hervor. In diesem Falle besteht eine Schuld, das lassen die Quellen deutlich ersehen. Für diese Schuld aber haftet einzig und allein eine Sache, nicht auch eine Person (Schuldner oder Bürge). Und gerade daran muss es liegen, wenn in diesem Falle dem Gläubiger keine Klage gegen den Schuldner zusteht.

Si creditor receperit speciale pignus pro debito suo, non potest personali actione petere debitum a suo debitore[3]).

Si fuerit pignus obligatum, non compellatur redimere nisi fuerit conventum, licet pignus minus debito valeat etc.[4]).

Se aucuns a prist nans de son deteur et cuidoit que si nant vaussissent bien la dete et, quant il les vendi parce que li deteres ne les vout racheter, il n'en puet pas toute sa dete avoir et toutes voies il en prist ce qu'il pout, et après, sans parler au deteur, il s'ala replaindre, en tel cas il se replaint a tort. Mes s'il eust requis au deteur qu'il li paiast le remanant de la dete ou baillast nans soufisans et li detés ne le vousist fere, en tel cas il se replainsist a droit[5]).

Da also die Sache allein haftet, steht dem Gläubiger gegen den Schuldner keine Klage zu. Insbesondere kann der letztere auch nicht belangt werden im Falle der Minderwertigkeit des Pfandes. Dazu bedürfte es der Einräumung einer persönlichen Haftung.

Diese reine Sachhaftung[6]) lässt den Gegensatz von Schuld und Haftung im hellsten Lichte erscheinen. Denn bei der persönlichen Obligation können der Haftende und der Schuldende ein und dieselbe Person sein und sind es häufig auch. Hier

---

[1]) Cit 1 I tit XXV S. 134.
[2]) Grand coutumier lib. II chap. 10.
[3]) Perpignan Art. 26.
[4]) Montpellier 1204 art. 40.
[5]) Beaumanoir 1611.
[6]) Vergl. Puntschart S. 232 f.

aber haftet eine Sache und diese kann nie der Träger der persönlichen Schuld sein[1]).

Die reine Sachhaftung ist deshalb in hohem Grade geeignet, uns die Vorstellungsweise des mittelalterlichen Rechts zu vermitteln. Ja es wird sich das in ihr so scharf zum Ausdruck kommende Prinzip in ganz eigenartiger Weise generalisieren lassen und die erkenntnistheoretische Bedeutung der reinen Sachhaftung somit sich als eine noch grössere herausstellen, als man schon anzunehmen geneigt war.

---

[1]) Auf die Verhältnisse, die wir oben S. 26 No. 4 andeuteten, wo allerdings von einer Schuld der Sache gesprochen wird, ist später einzugehen, vergl. Kap. I des zweiten Teils.

Zweites Kapitel.

Der Formalismus der Haftungsbegründung.

Der Formalismus des mittelalterlich-französischen Vertragsrechtes hat schon mehrfache Darstellungen erfahren. Aber die Auffassung desselben erfährt die tiefgreifendsten Modifikationen, wenn die begriffliche Unterscheidung von Schuld und Haftung hochgehalten wird. Der in Frage stehende Formenapparat erleidet plötzlich eine eigenartige neue Beleuchtung und es wird sich wohl herausstellen, dass wir dank des restaurierten Haftungsbegriffes zur völligen Klarheit über Entstehung und Zweck desselben zu gelangen vermögen. Die Bestätigung dieser Vermutung wird einen kräftigen Beweis bilden für die Richtigkeit der Ausgangspunkte der Untersuchung, für die Richtigkeit der im vorigen Abschnitt gewonnenen Ergebnisse.

Schon seit langen Jahrzehnten steht es für die überwiegende Mehrzahl der neuern Germanisten ausser Zweifel, dass das älteste deutsche Vertragsrecht formalistischer Natur gewesen ist. Ungleich grössere Schwierigkeiten, als sie der Nachweis dieser Erscheinung dargeboten, erhoben sich angesichts der Frage nach dem Woher und Wozu dieses Formalismus. Bei der Durchbildung und Durchführung, in welchen dieser letztere uns entgegentritt, konnten allgemeine Erwägungen volkspsychologischer Natur, die die Abhängigkeit einer ältesten Periode der Rechtsentwicklung von Äusserlichkeiten und Formen erklären sollten, unmöglich befriedigen. Aber die juristischen Gesichtspunkte, die sich zunächst boten, waren nicht weniger unzulänglich. Treffend charakterisiert Brunner diese älteren Versuche: Sie liefen im wesentlichen auf blossen „Bestärkungsluxus" hinaus[1]). Im Sinne solcher Kritik führte Franken[2]) aus, dass

[1]) Zeitschrift für Handelsrecht 1877. XXII. S. 553.

[2]) Französisches Pfandrecht S. 211.

der Erklärung der Formen als Feierlichkeiten, Bekräftigungszeichen, Bestärkungsluxus immer noch die ältere Auffassung von der „rechtlichen Verbindlichkeit des blossen Konsenses wenigstens als das den Parteien theoretisch vorschwebende Ideal“ zu Grunde liege. Aber nicht nur vermag eine Erklärung, die nur Manifestationsarten des verpflichtenden Willens anerkennt, unmöglich der Unterscheidung von Real-, Formal- und Konsensualverträgen, zu welcher die rechtsgeschichtliche Entwicklung geführt hat, gerecht zu werden, sondern sie übersieht auch, „dass Worte, Symbole, Solennitäten und andere rein formale oder juristische Vorsichtsmassregeln, wären sie noch so zahlreich auf einandergehäuft, wenn überhaupt einmal Zweifel an der Rechtssicherheit, d. h. am Willen oder an der Kraft der Exekutivgewalt bestehen, vollkommen unfähig sind, den Verkehr in dieser Hinsicht zu beruhigen“ [1]). Deshalb sind diese „Bestärkungen“, theoretisch und praktisch besehen, Pleonasmen.

Franken versucht dann eine neue Erklärung der „Beiwerke des germanischen Vertragsschlusses aus einem einfachen praktischen Zweck“ beizubringen. Sein Ausgangspunkt bildet der Realkontrakt, dessen hervorragende Bedeutung für das älteste Recht bereits Sohm [2]) nachgewiesen hatte. In einer Gesellschaft, deren Vertrauen auf die öffentliche Gewalt als Schützerin vermögensrechtlicher Interessen noch äusserst gering ist, sind alle Geschäfte Bargeschäfte. Dies erweist sich als eine wirtschaftliche Notwendigkeit, die ihren unmittelbaren juristischen Ausdruck in der Auffassung findet, dass Bargeschäft und Vertrag sich begrifflich decken. Indessen musste es doch von Anfang an als zulässig erscheinen, an Stelle der Barleistung eine interimistische Gegenleistung, ein Pfand zu übergeben. Es bedeutete dies kein Abweichen vom Grundsatz des Realvertrages. Es war nur eine Modifikation der Barleistung, der Res und zwar nur eine Modifikation im Objekt der sofortigen Gegenleistung. Und noch ebenso wenig wie juristisch war wirtschaftlich die Lage grundsätzlich eine neue geworden. Das Pfand war dem Objekt, das die endgültige Leistung abgeben sollte, gleichwertig. Aber der Weg öffnete sich bereits für eine weite

---

[1]) Cit. S. 212.

[2]) Prozess der lex Salica, Recht der Eheschliessung.

Entwicklung. Diese interimistische Gegenleistung war nicht notwendigerweise stets und unabänderlich eine vollwertige. Eine Kaution ist gut, wenn sie nur seiner Zeit nach Bedarf flüssig zu machen ist. Das eigentliche Gewicht liegt also nicht sowohl auf der momentanen Wertqualität des Pfandes, als vielmehr auf dem Vertrauen, dasselbe sei überhaupt ein taugliches Mittel zur Sicherung des mit dem Geschäfte gewollten Erfolges oder doch der gemachten Vorleistung. Die Entwicklung tendiert also zum Kreditgeschäft hin. Es bietet den Vorteil, dass trotz genügender Sicherung des Gläubigers der Schuldner verschont bleibt von der momentanen Vermögensminderung, die in jener sofortigen Hingabe eines vollwertigen Pfandes besteht. Diese Entwicklung vollzieht sich in Rom in dem Sinne, dass das Gut, das als Pfand dienen soll, nicht mehr dem Gläubiger übergeben, sondern einfach in den Händen des Schuldners belassen wird. Die römische Hypothek spricht den blos eventuellen Charakter der Verpfändung juristisch auf das vollkommenste aus. Dieser Weg stand dem deutschen Rechte nicht offen. Denn das deutsche Recht kennt zunächst kein anderes als das Faustpfand. Es versagt sich, diesem letzteren ein neues Rechtsinstitut gegenüberzustellen. Die Entwicklung musste sich auf dem Gebiet des Tatsächlichen, des Wirtschaftlichen vollziehen. Man gab immer noch das Pfand hin. Aber soweit dies nur immer anging, begnügte sich der Gläubiger — zunächst — mit einem unterwertigen Pfande. Die interimistische Leistung (das vollwertige Pfand) wurde zu einem interimistischen (unterwertigen) Pfande. Jenes hatte die endgültige Leistung selbst garantiert. Dieses sicherte den Eingang des vollwertigen Pfandes für den Fall, dass dessen Stellung sich als nötig erweisen sollte. Dieses interimistische Pfand ist die Wadia: Der Formalkontrakt ist aus dem Realkontrakt entstanden. Denn die Entwicklung musste ja schliesslich dahin führen, dass die provisorische Sicherheitsleistung ohne jeglichen realen Wert war. Eine Kaution war sie nun freilich nicht mehr. Aber es hatte eine Konsequenz des Realvertrages gebildet, dass der Schuldner erst durch vorläufige Bereicherung verpflichtet wurde und wenn die Wadia schliesslich die Pfandfunktion völlig eingebüsst hatte, blieb ihr doch noch die andere Aufgabe — die früher nicht ihr Hauptzweck, sondern blosse Konsequenz gewesen — nämlich diejenige eines

Schuldanerkenntnisses. Ein solches liegt im Begeben der Wadia. Diesem Begebungsakt, der Wadiation, ist wesentlich die Hingabe eines durch Individualisierung zum Emittenten in Bezug gesetzten körperlichen Objekts, das zugleich zur Realisierung des geschaffenen Anspruchs dient. Sehr früh erscheint als wichtigste Gestalt der (ausserprozessualen) Wadia die Urkunde. Aber auch noch dieser Formalismus erfährt seine Abschwächungen. Es werden für die Vollstreckung mehr oder weniger irrelevante Objekte hingegeben, oder Objekte, denen jede Individualisierung abgeht, oder die Begebung ist nur eine scheinbare oder sie entfällt gänzlich oder es scheidet gar alles Körperliche aus. So entstehen all' die Mittel des Vertragsformalismus: Ring, Faden aus dem Kleide, Barthaar, Scheingeld, Reliquien, Altardecke als „fidejussor", Eid — Treuversprechen — Handschlag bis hin zum „formlosen Gelöbnis" [1]).

An diesem kühnen Versuche Frankens fällt eine interessante Linie lebhafter Berührung mit den Vorstellungen des restaurierten Obligationsbegriffes und der scharfen Scheidung von Schuld und Haftung sofort auf. Die Wadia war ursprünglich Pfand, Kaution, Sicherung — wofür anders als für die Schuld. Jeder Vertrag bedurfte also einer Pfandsetzung — einer Haftung! Dass aber die Schuld erst durch die Leistung von einer Seite zur Entstehung gelangte, lag im Wesen des Realkontraktes begründet und hatte nichts Formalistisches an sich [2]). In Hinsicht auf die Wadia ist es nur zufällig, wenn die Schuld erst mit Begebung derselben existent wird. Solange die Wadia Pfand ist, dient sie, wenigstens der Hauptsache nach, unmittelbar und gewollt nicht der Perfektion des Schuldvertrages, sondern eben der Haftung. Franken sagt selbst [3]): „In dem Geben der Wadia liegt nicht die causa efficiens der Verpflichtung, sondern nur die Konstatierung des Vorhandenseins dieser causa, und auch letzteres erscheint — denn sonst käme alles wieder auf die „Bekräftigung" oder dergl. heraus — nicht als ihr wesentlicher, prinzipaler Zweck, sondern

[1]) Franken cit. S. 43 f., 209 f., 241 f.

[2]) wurde es dann aber notwendigerweise in der Folge.

[3]) S. 217.

nur als eine von selbst sich ergebende Konsequenz" [1]). Auf dieser richtigen Grundlage ist also Franken zu einem Ergebnis gelangt, dessen Richtigkeit erst die neueste Forschung in vollem Umfange darzutun vermocht hat. Nicht nur war es methodologisch der einzig gangbare Weg, aus Zusammenhängen des materiellen Rechtes selbst heraus zu einer genetischen Erklärung des Formalismus gelangen zu wollen, sondern es stellt sich auch heraus, dass in der Tat die Formalakte ein Setzen zu Pfand bedeuteten, dass sie eine „Sicherstellung" [2]) bewirkten und dass sie ihren Ursprung in der anfänglich realen Hingabe von Haftungsobjekten zu Pfand gefunden haben.

Aber auch mit all' diesem ist u. E. noch nicht erschöpft, was sich an Frankens Theorie nach der Restaurierung des Haftungsbegriffes halten lässt, ja was an ihr erst recht unabweislich wird. Doch gehört das Weitere nach dieser Richtung hin wesentlich dem germanischen Rechte an. Darauf ist hier also nicht einzugehen. Zu den Zwecken einer Betrachtung des mittelalterlichen Rechtes ist vielmehr ein anderes zu betonen. Neben den Berührungslinien fehlt es nicht an Gegensätzlichem. Es liegt an den Ausgangspunkten der angestellten Deduktion, dass bis zu ihrem Schlusse die Personalhaftung keinen Raum findet. Franken geht vom Realkontrakt und vom Pfandrecht aus. Er berücksichtigt deshalb nur die Sachhaftung. Das interimistische Pfand ist unterwertig — wird es im Laufe der Entwicklung immer mehr. Aber der Gläubiger erhält das Recht, es nötigenfalls durch ein vollwertiges zu ersetzen. Insoweit steht ihm ein Zugriffsrecht gegen das schuldnerische Vermögen zu. Aber es ist nicht abzusehen, dass darin bereits eine sog. „persönliche" Haftung liegt. Es kann sich freilich fragen, ob sie nicht von hier aus zu gewinnen sei. Doch ist bezeichnend, dass auch nicht versucht wird, in dieser Richtung die Ent-

[1]) Doch ist daran festzuhalten, dass nach dieser Theorie notwendigerweise nicht nur die Haftung, sondern auch die Schuld durch den Wadiationsakt konstituiert wird. Dies ist mit einer der wesentlichsten Vorzüge der Theorie Frankens, dass sie zu dieser Konsequenz führt. Denn sie deckt sich mit dem Recht, wie es uns aus den germanischen Quellen tatsächlich entgegentritt. Vergl. unten den Anhang.

[2]) Cit. 217.

wicklungskette weiter zu führen. Hier gilt es augenscheinlich, die Unzulänglichkeit der allzuengen Grundlage zu beheben.

Denn dem Gläubiger zur Sicherung dienen, Pfand sein kann nicht nur ein Vermögensobjekt, eine Sache, sondern auch die Person selbst. Neben der obligatio rei steht die obligatio personae. Dabei ist allerdings richtig, dass auch diese eine Pfandsetzung bedeutet und mehr noch: die persönliche Haftung muss sich ursprünglich in den Formen der Sachhaftung bewegt haben. Wie die Sache, so musste auch die Person, wenn anders sie haften sollte, Faustpfand sein. Alle persönliche Haftung ist ursprünglich Geiselschaft. Aber sowohl die sächliche als auch die persönliche Haftung hat ihre Geschichte. In Hinsicht auf die erstere hat Franken interessante und wertvolle Perspektiven gewonnen, indem er die verschiedenen Entwicklungsmöglichkeiten ins Auge fasste. An ihnen muss nun aber auch die letztere gemessen werden. Und da ist denn nur Eines möglich. Jenes Prinzip, das nach Franken die römische Hypothek auf das Vollkommenste zum Ausdruck bringt und das eine Verpfändung ohne Übergabe des Pfandobjektes in die Hände des Gläubigers zulässt, muss in Hinsicht auf die Personenhaftung zum Durchbruch gelangen. Diese letztere muss hergestellt werden können, ohne dass die haftende Person ihrer Freiheit beraubt zu werden braucht. Dies ist möglich, wenn der Schuldner oder ein Dritter für ihn verspricht, sich im Falle der Nichterfüllung der Schuld dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Der Versprechende bleibt zunächst frei. Aber er ist doch verhaftet. Seine Freiheit hat er sich erhalten durch das Versprechen, nötigenfalls sich sofort dem Gläubiger freiwillig zu Faustpfand zu überliefern. Dieses Versprechen ist das Treugelöbnis[1]). Es begründet die persönliche Haftung. Freiwillig soll die eigene Person dem Gläubiger zur Befriedigung als Pfand ausgeliefert werden. Um mich dergestalt zu verhaften, setze ich meine Treue ein. Wie die obligatio rei durch Hingabe einer Sache, so wird die obligatio personae durch Hingabe der Treue hergestellt. Das Seitenstück der Pfandsetzung ist das Treugelöbnis. — „In Wirklichkeit wird die Person jetzt nicht mehr als Faustpfand gegeben, wohl aber dachte man sich

[1]) Puntschart S. 288f. Zweites Buch, das Treugelöbnis.

ihre Treue als Faustpfand eingesetzt. In der Vorstellung wird also immer noch etwas in die Gewalt des Gläubigers überantwortet, und in der Vorstellung, im Geiste ist das noch immer die Person. Denn in der Treue als dem Faustpfande wird die Person als solches gedacht"[1]). Diese letztere selbst wird durch das Geloben der Treue obligiert, zu Pfand, zu Bürgschaft eingesetzt.

Dieses Treugelöbnis, welches Puntschart in überzeugender Weise für das sächsische Recht nachgewiesen hat, ist auch dem altfranzösischen Rechte bekannt. Auch nach diesem wird das Treugelöbnis geleistet: fidem facere, fidantiam facere, fiduciare, faire foy; die Treue wird hingegeben: donner fiance; sie wird gelobt: fiancer foy, fiancer.

Quicumque pannos ad opus suum vel uxoris vel filiorum vel familiae emerit, de theloneo liber erit, si fide sua confirmaverit[2]).

Faciant fidantias, — facio vobis fidantiam, — qui fidem faceret[3]), ils ont achepté — — en faisant foy etc.[4]).

Et quant il avront finé et il istront de prison, il fianceront l'asseurement ou la trive etc., — — entre les persones du lignage de l'une partie et de l'autre, qui ne fiancieront pas le trive ou l'asseurement[5]), se il ne les pooit avoir, si li face l'en fiancier qu'il ne s'en fuira etc.[6]).

Se einsinc estoit que I home aüst garde d'un autre et il venist à la joustice por lui faire asseürer, la joutise le doit faire asseürer, puisque'il le requiert, et doit faire fiancier, — — à celui de qui il se plaint etc.[7]).

Li vicueurs de M. sa fame ont promis et fiancié — — Et totes ces convenances ont fiances le dit Robelez et Mariete sa feme[8]).

---

[1]) Cit. 499.
[2]) Nienport a. 25
[3]) Charta a. 1060, a. 1206, a. 1056 cit. Bei Du Cange.
[4]) Mandement a. 1312 Ord. I 515.
[5]) Beaumanoir 1698, 1706.
[6]) Etablissement l I d. 69 Bd. II S. 44
[7]) Cit. tit. 31 S. 46.
[8]) Cart. de Champ. Richel 1 5993 f o 438 a., a. 1258 und Potbiers, Arch. tube a. 1268 cit. bei Godefroy.

Il fiença sa foi, — Par le foy fianchiie[1]).

Et sil'en porroit li sire destraindre par la foi etc. — Ceci doit estre entendu, ce semble, de la mère — — qui comme baillistre estoit entrée en foy[2]).

Et en bonne foy les assurons et leurs promettons[3]) — vienquatz a la cort, ab lo messadge acostumat qui los mantz aura feytz, aparelhat de far fe deus mantz qui feytz seran etc.[4]).

Die Quellen bestimmen diese Treue des nähern als eine körperliche. Das ist in hohem Masse geeignet über Bedeutung und Ursprung des Treugelöbnisses Licht zu verbreiten. Die Treue, die hingegeben wird, heisst foi de corps, weil mit ihrer Hingabe der Körper verhaftet wird. In der Vorstellung wird geradezu immer noch der Körper hingegeben. So zielt diese Ausdrucksweise unverkennbar auf die alte Vergeiselung hin. Und gleichzeitig zeigt sie, in welchem Sinne die Entwicklung vor sich gegangen ist. Die Treue des Körpers besteht in der Bereitwilligkeit des Haftenden, sich im gegebenen Augenblick freiwillig in das Faustpfandverhältnis zu begeben.

A la requeste des diz espouse presenz et consentanz et fiençanz par la foy de leur corps[5]).

Et cheu ai geu fianchie a garder et a tenir fa foy de non cors[6]).

Fianceant par la foy de son corps[7]).

Ja die Quellen drücken sich noch bestimmter aus und lassen keinen Zweifel darüber, dass das Treugelöbnis den Gelobenden mit seinem Körper und dessen Bewegungsfreiheit haftbar machen will. Dass er sich eventuell selbst seiner Freiheit entschlage, dazu obligiert sich der Gelobende.

Li fist le roy à monseigneur Guy de Flandres fiancer sa foy et obliger prison[8])

---

[1]) a. 1272 Arch. Maine et Loire. — Cart de St. Quentin a 1282 l. cit.

[2]) Etablissement cit. chap. 67, S 102 und die Glosse Laurières cit. bei Viollet III 366.

[3]) Lettres de Jean fils ainé de Philippe de Valois a. 1346, Ord. II S. 243.

[4]) Manière de mander la cour. Fors de Béarn S. 258.

[5]) a. 1313 S. Julien Arch. Indre et Loire cit. Geodefroy a. a. O.

[6]) a. 1321 Cart de St. Valmont.

[7]) a. 1328 Arch. Maine et Loire l. c.

[8]) Froissart.

La coustume estoit lors tele que nus chevaliers qui prison volsist fiancier, ne fut mis en buies ne en enuiaus[1]).

Deshalb werden gelegentlich die Haftung, die wenigstens vorläufig nur im Einsatz der Treue besteht, und die durch Freiheitsentzug realisierte Haftung des Körpers in einer Art einander gegenübergestellt, die an den analogen Gegensatz bei der Sachhaftung erinnert.

Ly un sunt fiancié, ly autre prisonnier[2]).

A la Paerose ne doit hon prendre, si fiance voet donner.

Enter autres causes, la Cort ha establit: que augunas causas son, en las quoaus no debin esser dades fidances, mas thianssers; la prumera cause es: que si dus homis de la terra aven goerra goarreyade, et a qui qu'eus aye trobats, no prenera de lor fidance, mas thianssers[3]).

Dabei kann freilich in letzter Stelle thiansser auch das sächliche pignus bedeuten. In genau gleicher Weise kann eben die Person oder die Sache Faustpfand sein, in genau gleicher Weise beides auch zur Bürgschaft dienen, weshalb denn die Quellen gelegentlich im Falle einer persönlichen Bürgschaft von plege parlant sprechen[4]). Diese Identität der Ausdrucksweise zeigt die Einheitlichkeit des Obligationsbegriffes, welche übrigens schon v. Meibom vertreten hatte, als er das Pfandrecht in Ansehung seines Gegenstandes darnach unterschied, ob es auf die Person oder auf die Sache gehe und betonte, dass eine vollständige Darstellung des deutschen Pfandrechts auch die Schuldknechtschaft umfassen müsste[5]).

---

[1]) Lancelot ms. Fribourg f o 127 e. Geodefroy l. c. Die beiden letztzitierten Stellen zeigen aber auch, dass das fiancer ein obliger bedeutet. Das Treugelöbnis ist ein Spezialfall der Haftungsbegründung. In diesem Sinne ist wert herangezogen zu werden die Charte de Lançon a. 1331: — — consentons et octroyons par les foys de nos corps et sous l'obligation de nous, de nos hoirs et successeurs — — et de tous nos biens meubles et immeubles présens et advenir de tenir etc. Nouv. Rev. hist. 1894 Bd. 8 S. 233.

[2]) Bataille des trente Englois et des trente Bretons 491. Crapelet. cit. bei Geodefroy a. a. O.

[3]) Béarn a. 22.

[4]) C. d Laon I art. 24.

[5]) Deutsches Pfandrecht S. 33 fg.

Die eben zitierte Stelle aus den Fors de Béarn ist demnach auf alle Fälle für unsern Zusammenhang beweiskräftig. Die hypothekarische Verpfändung des Körpers ist jüngere Rechtsbildung. Hergestellt durch das Treugelöbnis, wohnt ihr die rechtliche Möglichkeit inne, sich in ein Faustpfand-Verhältnis zu verwandeln. — Die in Frage stehende Gegenüberstellung findet sich in den Fors de Béarn, aber auch noch in Zusammenhängen, wo nur die persönliche Haftung in Betracht fällt. Es wird von Geiseln gesprochen und von Personen, die auf Grund des Treugelöbnisses haften.

— — deu far manar les hostadges a cada una mayson de baig — — Pero, si lo Senhor recep los hostadges, deu los dar a minyar et beber tres dies, et eu aquegs, si ni a, et egs los lors, et far dar fidances, a luy o a sons clamantz, casalers que cadaun aya dus boeus et I azo, o penhere vive qui ac balhe per tot clam gran, o pauc. Las fidances dades de totz los clams, los hostadges son soos[1]).

Endlich soll noch eine Stelle herbeigezogen werden, die nicht mehr dem très ancien droit angehört, in der aber doch noch die alte Auffassung zum Ausdruck gelangt.

Une personne manquant de satisfaire à sa promesse, ne peut valablement s'obliger à prise de corps, arrests et emprisonnement en la terre de Gorze[2]).

Wer seine Treue nicht hält, hat keine Treue. Er kann sie also auch nicht verpfänden. Das leuchtet ein. Aber man kommt doch nicht durch, wenn man bei der Verhaftung seiner Freiheit nur an die dadurch dem Gläubiger eingeräumte Macht denkt. Dieser Gesichtspunkt führte vielmehr legislativpolitisch nach entgegengesetzter Seite hin. Ein anderer Gedanke spielt hinein. Wer seine Treue einsetzt, erklärt sich bereit und verspricht, sich nach Fälligkeit der Schuld, wenn er nicht leisten kann, freiwillig zum Entzuge der Freiheit zu stellen. Das Recht fürchtet, dieses Versprechen möchte zu einer — für die Ansprüche des Gläubigers fatalen — Lüge werden und verbietet deshalb das Treugelöbnis.

Die bisherige Darlegung hat bereits gezeigt, dass durch

[1]) Baretons art. 1. vergl. Ossau art. 15 thiansser o ostadges.
[2]) Gorze art. XIV.

das Treugelöbnis die persönliche Obligatio zu Stande kommt. Mehrfach wurde auch schon auf die Einheitlichkeit des Obligationsbegriffes hingewiesen. Diesem muss sich denn auch das durch das Treugelöbnis geschaffene Verhältnis unterordnen. Wenn die obligatio schlechthin eine Verpfändung oder Bürgschaft ist, so muss dies auch für die durch ein Gelöbnis hergestellte obligatio seine Geltung behalten. Dies ist denn auch die Auffassung der Quellen.

Grant gage et grant fiancement
A li Jueus del covenent[1]).

Neporquant convenances et obligacions pueent bien corrompre ceste coustume, si comme quant aucuns prent bois a essarter ou vignes à planter, a certaine redevance, et s'oblige par pleges, ou par foy ou par contreacens d'eritage, a paier les rentes etc.[2]). par sa foy ou par pleges[3]) Je suis tes homs fiancies et plevis[4]).

Plevine (plevigne, pleuvine u. a.) bedeutet cautionnement, engagement. Es wird in den Quellen in Wendungen verwertet, die in markanter Weise die mittelalterliche Auffassung vom Wesen des Treugelöbnisses wiederspiegeln. Wir sagten, die Treue werde gelobt und damit zu Pfand gesetzt. Das erstere hat bereits seine Bestätigung gefunden in dem Nachweis, dass die Quellen von fiancer foi sprechen. Es erübrigt das andere zu erhärten, nämlich dass die Treue zu Pfand oder Bürgschaft hingegeben wird. Dass dieser Gedanke dem Treugelöbnis zu Grunde liegt, zeigen Stellen wie die folgenden:

in ipsorum Iudeorum grande prejudicium et jacturam, et, ut in pluribus, contra fidem plevitam — — per dictos Christianos prestitutum temere veniendo etc.[5]) fide corporali plevita[6])

---

[1]) Mir. N-D. Richel 818 fo 63 b cit. bei Geodefroy v. fiancement.

[2]) Beaumanoir 695 vergl. Il faut que ce plege, ou fiance baille un contreplege, qu'ils appellent arriere fance. Apol. pour Hérod. S. 240 cit bei La Curne de St. Palaye, Dictionnaire de l'ancien langage françois v° fiance.

[3]) Etablissement de Louis IX ed. 63 Ord. I S. 156.

[4]) Raoul de Cambrai 6732 A. T. cit. Geoderfoy a. a. O.

[5]) Lettres a. 1363 Ord. IV S. 237.

[6]) A. 1310 cit. bei Du Cange v° plevire.

plevissando fidem meam firmavi[1]), pleuvierunt hoc totum — per fidem suorum corporum[2]).

Se ad praedicta invicem adstrinxerunt et obligaverunt — — sub suae fidei Plevimento[3]).

Dont me pluveres vous vo foi etc.[4]).

Man verpfändet „engagiert" (engage, cautionne) seine Treue, aber damit und dadurch verpfändet, „engagiert" man sich selbst.

Plivitus per fidem sui corporis[5]).

Per fidem suorum corporum pliviverunt[6]).

Plivitus ist derjenige, der sich verbürgt hat, ist plegius, plège, caution, er hat sich durch Treugelöbnis obligiert. Diese Bürgschaft ist keine andere, als diejenige, die wir bereits unter dem Namen fidance angetroffen haben[7]) Für beide ist es begrifflich unwesentlich, ob für eine eigene oder eine fremde Schuld die Haftung errichtet wird. Schon die Art und Weise wie die Obligierung des Schuldners neben die Verhaftung Dritter gestellt wird, lässt darauf schliessen:

Et si l'en porroit li sire destrainde par la foi ou par les pleges — la joutise le devroit laissier aler o pleges metanz se il les pooit avoir; et se il ne les pooit avoir, si li face l'en fiancier etc.[8]).

Io te presterai se tu veus sour ta foi et sour sa plevine[9]).

Aber der Schuldner wird auch selbst Bürge genannt, wenn er sich obligiert.

Per bier en noticie de la causes juus expressades et disedores deus notar que l'omi o la fempna qui en public instrument per si medixs o medixe principaumentz o per autre cum a fidance se obligue etc.[10]).

---

[1]) Charta 1147 l. c.

[2]) l. c.

[3]) a. 1351 l. c.

[4]) Du Prestre et du Chevalier, Montaiglon et Raynaut Fabl. II 53 cit. Geodefroy v° pleva.

[5]) Charta a. 1244 cit. bei Du Cange a. a. O.

[6]) Charta a. 1238 l. c.

[7]) fiancer qu'on dit en ce pays: c'est pleiger et cautionner, a. 1554 Calv. Serm. etc. cit. bei Godefroy v° fiancer.

[8]) Etablissement cit. l. I ch. 67 u. 69.

[9]) La vie M. S Nicholai Bibliph. fr. cit. Geodefroy v° plever.

[10]) Fors de Béarn S. 293.

Wegen dieser nämlichen Bezeichnung sehen sich die Quellen wohl auch veranlasst, besonders auszusprechen, für wen der Haftende eintritt, für sich oder für andere.

Li jo suy thiancut fidance et pagador per autruy[1]).

Bereits die früher genannten Erscheinungen, die Tatsache der körperlichen Treue, die historische Ableitung derselben, die systematische Einreihung des mittelalterlichen fidem dare neben das Verpfänden zeigten, dass das Treugelöbnis ein Sicherungsinstitut ist. Erneut geht dies aus der gleichen Behandlung hervor, welche die Quellen dem Bürgen und dem sich selbst verhaftenden Schuldner angedeihen lassen. Der Bürge soll die Schuld eines andern verbürgen. Zu diesem Zweck setzt er seine Treue ein. Er wird fidance. Dadurch ist der Gläubiger gesichert. Juristisch genommen genau dieselbe Sicherheit entsteht, wenn der Schuldner selbst dem Gläubiger das Treugelöbnis leistet. Von foi und von fidance wird denn auch als von Sicherheit gesprochen.

seurté — — per sa foy ou par pleges[2]). Fo stablit per tots temps que tots hom qui fidance, ni segurs ni thianssers meta d'autre etc.[3]) si deutor o fidance o segur noere[4]) Que si une femne es, que son pay et sa may l'ayanlaxat hostau o autre heretat per maridadge, per embarc ni per segurtat que lo marit fassa, siera medixa no s'en obligave cum eg, las soes canses no son thiangudes[5]).

Darum wird durch die hingegebene Treue „konfirmiert." Die Sicherheit, die sie bietet, ist eine Stärkung, die Unterstützung von etwas schon Bestehendem. fide sua confirmaverit[6]). Darum das Angebot:

Jo te presterai se tu veus sour tafoi et sour sa plevine[7]).

Darum die Bezeichnung firmancia für denjenigen, der sich haftbar macht für den Gelobenden.

De his omnibus et singulis supra dictis ex parte comitis

[1]) Morlaas art. 118, 122, 127.
[2]) Les establissemens cit.
[3]) Béarn art. 76.
[4]) cit. art. 74.
[5]) Art. 279.
[6]) Nieuport l. c.
[7]) Vergl. oben S. 57.

convenatum est firmancia et debitor per sacramentum corporaliter praestitum R. comes Tolosae[1]). Firmancia vel sacramentum solum non recipiatur ab eo, sed pignora vel obsides, vel persona propria in bona custodia teneatur[2]).

Diese Firmancia kennen einige südfranzösische Rechte zunächst nur als prozessuale Bürgschaft[3]). Aber auch dort finden wir diese Bezeichnung sehr früh auf jede persönliche Haftung ausgedehnt.

De tote cause que lo Senhor me domani per si medixs o per autre clamant, dey fermar per mons vesiis, et si no ac pusc que ac dey jurar, et lo Senhor qu'eusdeu preuer ferme de dafora la viela, si dar l'on pusc. Empero la ferme deu esser habundose et tau que lo Senhor ne pusque far reder au clamant son dret, et la ferme que deu responer o judyar, cum a besii, dentz los decxs de la viela, a totz los judyamentz qui per aquest pleyt se seguiran[4]). Judya la cort a Lembeya que si I es ferma de terre et no ditz a foor de terre, per totz temps ha thencut[5]). Si per aventure lo pot atenher ab la rappine, qu'eu deu penherar, et si pot dar fermance etc. — et si atau fidance no pot dar etc[6]).

Der Umstand, dass das Treugelöbnis sichert, setzt bereits ein zu Sicherndes voraus. Es ist der Schuldvertrag in seinen Wirkungen. Wie überhaupt durch die Obligation, so wird auch durch die mittelst Treugelöbnis hergestellte Obligation das Haltensollen (allfällige Ersatzschulden) und das Leistensollen (die Vertragsschuld) verbürgt. Einige wenige Citate mögen dies belegen.

Hanc summam coram nobis fiduciaverunt se reddituros[7]). Dont me pluveres vous vo foi Fait li prestres, que je serai Demain paiies[8]). Ut hoc firmum et ratum sit, pleris-

[1]) Tabulae nuptiales Bernardia Comitis conv. et M. M. a. 1197, vergl. du Cange v° firmancia.

[2]) Conc. Tolosae a 1228 cap. 8 l. c. Dass durch den Eid die Treue eingesetzt ist, wird noch erläutert werden.

[3]) Franken 220 f.

[4]) Béarn 134, vergl. Fors de Béarn S. 147 N. 2.

[5]) art 216.

[6]) Aspe art. 20.

[7]) Charta Ludov. VII a. 1165.

[8]) Du Pustre et du Chevalier cit.

sando fidem meam firmavi[1]), fiençanz — — que james encontre cest jugié ne vendront[2]), fienceant — — à tout ce tenir[3]), fiancié — — que il desoranavant n'iront encontre cest eschange.[4])

Das Treugelöbnis dient also der Sicherung. Es schafft eine firmancia. Diese letztere Bezeichnung ist so indifferent, dass sie auch auf die dem gleichen Zwecke dienende Sachhaftung angewendet werden kann. In dem For de Morlaas wird von einer Pfand-firmancia durch Grundstücke gesprochen: Ferma de penchs de terre (art. 197). Anders aber verhält es sich mit dem Terminus: fidancia. Fidancia wird man durch das fidem dare, und das ist die der persönlichen Haftung ausschliesslich eigentümliche Begründungsart. Dass der Bürge stets und dass der Schuldner, wenn anders er obligiert ist, uns als fidancia entgegentritt, erklärt sich auf das natürlichste und leichteste, wenn man vom historischen Haftungsbegriff ausgeht und das Treugelöbnis im dargelegten Sinne anerkennt. Nicht so leicht könnte dieser Sprachgebrauch begreiflich gemacht werden, wenn man dem Erklärungsversuch beispielsweise den gemeinrechtlichen und modern-französischen Obligationsbegriff zu Grunde legen wollte. Auf dieser Basis müsste man die fidantia viel eher auf der Seite des Gläubigers als anderswo suchen. Er schenkt die fides, den Glauben, seinem Schuldner und — vielleicht auch der Zulänglichkeit des Zwangsverfahrens. Der Schuldner wird leisten. Sollte aber sein Wollen in dieser Richtung versagen, dann wird er doch leisten müssen. In der einen oder andern Richtung wird der Gläubiger ein fidem dans sein. Vielleicht ist er es gerade in ersterem Sinn so ausgesprochen, dass er auf jede Sicherheit verzichtet. Nun aber heisst umgekehrt gerade der Schuldner — soweit er obligiert ist — fidantia. Eine derartige Benennung kann doch darin nicht ihren Grund finden, dass der Schuldner sich in die rechtliche Notwendigkeit versetzt, dem Gläubiger zu leisten. Und wenn vollends der Bürge derartig bezeichnet wird, fehlt auf Seite des Gläubigers gerade der Glaube, darum verlangte

[1]) Charta 1147 cit.

[2]) S. Julien Arch. Judu et Soire a. 1313 cit.

[3]) a 1328 Geodehoy v° siancer.

[4]) Cart a 1258 cit

er die Sicherung durch Bürgschaft. Auf Seite des Bürgen aber könnte von einem solchen höchstens dem Schuldner gegenüber die Rede sein. Dass aber dieser Umstand den Namen des Bürgen hätte bestimmen sollen, ist wahrlich nicht anzunehmen. Denn nicht nur war zu allen Zeiten in Hinsicht auf die Bürgschaft die Sicherung der Hauptgesichtspunkt, sondern es kommt auch dem eben genannten Umstand in jenen Zeiten eine minimale Bedeutung zu, wo innerhalb engerer und weiterer Personalverbände das gegenseitige Bürgestehen, wenn nicht ein juristisches, so doch ein moralisches Gebot war.

Diesen Erwägungen kommt kein praktischer Wert zu, solange sie nur die fidantia betreffen. Denn wir kennen diese letztere nicht mehr und zudem ist dieselbe durch das früher Gesagte genügend klargestellt. Sie erhalten aber ihre Tragweite in Hinsicht auf eine auch uns noch durchaus geläufige Ausdrucksweise. Diese wird unter den angedeuteten Gesichtspunkten betrachtet, einen neuen und letzten terminologischen Beweis abgeben für die Richtigkeit des restaurierten Obligationsbegriffes und für die Existenz des Treugelöbnisses in dem hier dargelegten Sinne.

Neben die fides stellt sich das credere und seine Derivativa, um den Glauben und die Treue zu bezeichnen. Credere kann sich — prima facie ist das die einzige Möglichkeit — im Schuldverhältnis nur auf den Gläubiger beziehen. Das sagt auch der deutsche Name. Der Gläubiger glaubt, indem er zukünftige Befriedigung erhofft. Lässt er sich Pfänder geben und Bürgen bestellen, dann ist sein Glaube freilich minim, ja er verschwindet vielleicht völlig, wenigstens dem Schuldner gegenüber. Als der gläubigste Gläubiger, der diesen Namen recht eigentlich verdient, möchte demnach derjenige erscheinen, der ohne jede Sicherheit — vertrauensvoll — dem Schuldner kreditiert.

Das Mittelalter muss von andern Anschauungen ausgegangen sein. Die créance wird neben und mit der Obligation in gleichen Zusammenhängen genannt.

Les crans de debtes, cedulles et obligations pour simple debte etc.[1]).

[1]) Ord. de Metz art. 86 S. 380.

Il est deffendu à tous manans et habitans de cette ville — — de passer crants, obligations, testamens et codicilles etc. [1]).

Dix lettres obligatoires soubz seelle royal et un crantement de la court de l'évesque de Beauvais[2]).

Solche Wendungen sind auffallend. Die obligatio hängt am Schuldner, an der passiven Seite. Vom Schuldner wird sie hergestellt. Er haftet. Sollte ein Ähnliches auch für diese cran, crants (créance) crantement Geltung haben? In der Tat werden auch sie nicht vom Gläubiger begründet, gehen auch sie vielmehr von der passiven Seite aus.

Faciant creditoribus — — creantum suum etc.[3]).

Et promisit ledit Chevalier par son léal créant et par son serement[4]).

Et tout seurement luy creancez a donner[5]). Demzufolge haben wir es mit einer Obligierung zu tun. So sagt denn auch folgende Stelle:

Per assensum et creantationem ejusdem Eustachii promittens et obligans me dictae ecclesiae ad guarandigandum eidem dictam decimam[6]).

Es scheint demnach, dass nicht der Gläubiger den Glauben gibt, sondern der (sich verhaftende) Schuldner. Seinen Glauben hingeben — ist das nicht seine Treue hingeben? Das credere, die credance, die créance, die vom Schuldner ausgeht, kann doch wohl nur seine Treue sein. Das ist denn tatsächlich auch die Auffassung der Quellen, welche die credance nicht nur neben die obligation, sondern in nicht misszuverstehender Art und Weise auch neben die fidance stellen.

Promiserunt et creantaverunt fide interposita[7]).

Et leur fit creanter par la foi de corps etc.[8]).

Quiconques se met en arbitres, arbitrage est de si grant

[1]) Ord. cit. art. 91 S. 381 vergl. Nouv. Revue hist. Bd. II S. 192, 241.

[2]) Charta a. 1299, vergl. Du Cange h. v.

[3]) Statut. Phil. Aug. a. 1188.

[4]) Charta a. 1299 l. c.

[5]) Lancelot du Lac 1re p. ch. 55 éd. 1488 cit. bei Geodefroy h. v. vergl. auch Curne de St. Palaye Dictionnaire hist. v. cran etc. Il leur a creanté que si feroit-il. — Cil. li creança que il le garderoit etc.

[6]) Charta J. de Seiles milit. a. 1220 a. a. O.

[7]) Charta Petri Episc. Tarvan. l. c. a. 1244.

[8]) Chronicon Flandr. c. 71.

vertu, que nulz n'en puet apeler, c'est assavoir quand il est fianciez de l'une et de l'autre partie et creantez loiaument à tenir; et doit avoir certain arbistre etc.[1]), quand aucune maniere de gent fiancent ou creantent ou convenancent etc.[2]).

Prometant par leur leans creans et par la foy de leur cors etc.[3]).

G. dist qu'il feroit paier les chevaliers por aquiter son gendre par cel convant que il li fianceroit et donroit son creant etc.[4]).

Prometons an bone foi et par noz leiaus creant que etc.[5]).

Par lor loiaus creanz et sermenz[6]).

Et creanté a tenir par foi plevie[7]).

Si fist messire R. de F. créanter se foy et obligier prinson[8]).

Die Bedeutung der créance besteht also nicht im Glauben und Kredit, den der Gläubiger gibt, sondern im Glauben und in der Treue, die der Schuldner gibt, die er zu Pfand einsetzt, indem er damit sich obligiert und dergestalt dem Gläubiger eine Sicherheit bietet. Die Vorstellungen, wie sie dem Treugelöbnis zu Grunde liegen, haben bei ihrer überragenden Bedeutung im mittelalterlichen Rechtsleben auch die Terminologie des credere sich dienstbar gemacht. Die créance ist fidance. Sie ist Treue und als solche gerade das Gegenteil dessen, was die Theorie aus ihr machte, das Gegenteil des mehr oder weniger aleatorischen Vertrauens des Gläubigers, sie ist Sicherheit, sikirheit, seurté.

Des seurtez et rapports: Entant que touche seurtez, ou crands de lettriage transportez — — ledit recours et vendange devra cesser et la pension avoir cour et le crand demourer en vertu. — — Item pour crand ou seurté de vaisselles, joyaux ou autre bagues, — — quand l'acteur à deffaute

[1]) Anc. const. du Chartelet.

[2]) Beaumanoir 884 vergl. 400 fet fiancier — — li creantemens.

[3]) 1311. cit. lui Geodefroy h. v.

[4]) G. de Tyr XI 11 Hist. des crois.

[5]) a. 1260. Affr. des habit. d'Hiers Arch. S. et O. A. 987 cit. bei Curne de St. Palaye h. v.

[6]) d. h. Treue. Es wird darauf zurückzukommen sein. a. 1282 Cart de St. Maurice cit. bei Geodefroy.

[7]) Chirogr. 1219 Arch. num. de St. Quentin. cit. a. a. O.

[8]) Froissart II, 433.

de payement voudra ûceluy crand, ou seurté mettre à mercy etc.[1]), und wird deshalb auch neben andern Sicherheiten genannt.

Et li en fut bailliet en crand et en pleige etc.[2]).

Et envoiea douze hommes de le ville de Dignant, tous des plus riches, qui furent cran et hostaiges etc.[3]).

Deshalb erscheint, wie überhaupt die Haftung, so auch die créance als ein concedere.

Insuper gratamus et concedimus etc.[4]).

Deshalb entspringt aus ihnen, den crans, die Forderung und die Klage des Gläubigers.

Les crans de debtes — — en vertu des quelles les creantiers porront faire demande et action[5]).

Deshalb begegnen wir wiederum den alten Funktionen: Einstehen für das Haltensollen und das Leistensollen.

Hanc summam — — fidnciaverunt se reddituros[6]).

Et cranté a tenir[7]) se luy fist crancer qu'il s'en yroit tout droict vers le roy Arthus son oncle ou il se rendroit prisonnier[8]).

Et promistrent le devant dit Nicolas L. et M. sa fame par leur laiaus creanz que bien et laiaument paieront[9]).

Deshalb endlich heisst der Haftende credenza. Fidejussor[10])

---

[1]) Haynault ch. 89.

[2]) Froissart II, 433.

[3]) Cit. VI, 349, vergl. Curne de St. Palaye. h. v. Ein anschauliches Bild von der Lage des Schuldners, der das Treugelöbnis abgelegt hat, der deshalb in Freiheit bleibt, sich aber dahin verhaftet hat, freiwillig sich dem Gläubiger zu stellen, liegt in der Bedeutung, welche créance in einem speziellen Sinne für die Falkenjagd angenommen hat: C'est la petite ficelle avec la quelle on retient, on s'assure du faucon qui n'est pas dressé, ou comme on disait, qui n'est pas creable. On nommait faucon creable, celui dont on était sûr, sans être obligé de le tenir attaché à la créance. l. c.

[4]) a. 1237. Charta Joan. Ducis Brit. bei Du Cange.

[5]) Ord. de Metz art. 86.

[6]) Charta Ludov. VII cit. ebenso: quod ipsam redderemus immunem crentavimus, Charta Calcheri Comitis S. P. a. 1216 Du Cange h. v.

[7]) Chirog. 1219 cit.

[8]) Perceval Elucid. éd. 1530.

[9]) A. 1253. Arrentum Arch. L. 76 cit. bei Geodefroy h. v.

[10]) Ganz richtig sagt Domat Lois civiles III. 4 über die Benennung der Bürgen: on les appelle cautions, parce que leur obligation est une

ist der Bürge, weil er seine Treue gelobt und fidantia ist der fidem dans. Dieselbe Bedeutuug hat credence, credenza. So werden der debitor obligatus und der Bürge genannt. Die Erklärung dafür finden wir im Treugelöbnis Sie haben ihre Treue verpfändet. Dadurch sind sie obligiert. Beides besagen die genannten Ausdrücke, wobei wir für den letzten, die credence, folgende Stellen namhaft machen.

Si augun hom Saffora esta viela se rencure d'home d'esta viela au Senhor, se pot dar credensa au Senhor etc.[1]).

La credence que lo Senhor pren es thiencude de enmendar dann et mau etc.[2]) Si yo meti credensa a d'augun vesii — — car credensa no'm de, m'en clame et aura valor[3]).

Schon stets ist es aufgefallen, dass die mittelalterlichen Quellen den Gläubiger debitor nennen. Schon Franken hat darauf hingewiesen, dass sich dieser Sprachgebrauch auch in dem altfranzösischen Recht findet[4]). Bei dem häufigen Vorkommen konnte ein blosses Verschreiben keine befriedigende Erklärung abgeben. Nunmehr wissen wir aber, warum der Gläubiger ein debitor ist. Auf Grund des Schuldvertrages ist auch er ein Sollender. Er ist dahin rechtlich bestimmt, dass er die Leistung entgegennehmen soll. Nun sehen wir, dass umgekehrt auch der haftende Schuldner oder der Bürge durch Ausdrücke bezeichnet wird, von denen man zunächst glauben möchte, sie liessen sich nur auf den Gläubiger anwenden. Bereits die credence fällt auf. Schon sie suchte mau nur auf der aktiven Seite. Es finden sich aber sogar die Ausdrücke creancer, creanceour, crensseur, crencieur, cranter auf die passive Seite angewandt. Der Schuldner und der Bürge heissen crėditeur. Der debitor (obligatus) ist — creditor! Das bedarf der Erklärung. Mit dem Schuldvertrag allein ist dabei nicht durchzukommen. Wir haben vielmehr darauf hingewiesen, dass auf Grund desselben diese Ausdrucksweise sich nicht hätte

sûreté, et fidéjusseurs, parce que c'est sur leur foi que s'assurent ceux envers qui ils obligent. Er fügt bei: C'est ce que signifient ces deux mots dans leur origine. Vergl. Fors de Béam S. 141 N. 3.

[1]) Morlaas art. 11 tit: si thiancut pot dar credensa.

[2]) Cit. art 136.

[3]) Art. 275.

[4]) Pfandrecht S. 107 N. 2.

bilden können. Ganz anders ist es, wenn wir an die Haftung denken und wenn wir wissen, dass diese, soweit sie eine persönliche sein sollte, durch das Treugelöbnis hergestellt wird. Danach wird die Treue hingegeben — ein bedeutungsvoller Akt der Garantierung, durch den der Schuldner eine neue Qualität erlangt. Fidem dans ist er in Treue obligiert: Fidance, credence — créancier!

Les — — enfans venus en aage parfaict ne peuvent demander les meubles, ne les debtes qui estoyent dues à leur pere, ou mere et n'en auront aucune action à l'encontre des créanciers vivant leur gardien, et aussi ne seroyent tenus lesdits créanciers de leur en respondre en aucune manière, sans autre titre ou autre qualité[1]).

La ou tenementz sunt liverez al creaunsor en absence le dettor, e le dettor eyt aquitance etc. il deyt aver bref de fere vener le creaunsor a mostrer s'il sache rendire pur quei l'aquitance ne deyt estre alowé[2]).

Je ordenerent par cautele que tous les compaignons romains qui a aucnns citaiens auroient presté peccune puis certain jour nomené venissent avant et deissent la quantité, et que tous ce qui des celle journee auroit esté presté fust rendu au crensseur par tells comme le debteur se seroit obliges et l'auroit convenu[3]).

En ce qu'ilz n'ont pas sceu quant telles venditions sont estey faites, tant les crencieurs de celour qui vendoent, comme leur parens et amis[4]).

Diese Darlegungen mögen genügen, um die Existenz des Treugelöbnisses im altfranzösischen Recht zu beweisen. Wir können somit wieder zu der Frage zurückkehren, von der wir ausgegangen sind. Zu der Frage nach Ursprung und Zweck des Formalismus.

---

[1]) Grand cont. de France éd. 1635. S. 209. Auf die genannten Stellen machen Geodefroy und La Curne de Saint-Palaye h. v. aufmerksam.

[2]) A 1304. Year books of the reigne of Edward the first, years XXXII—VII S. 75. Rer. brit. script.

[3]) Bersuire T. liv. ms. Ste. Geneviève f° 356c.

[4]) A. 1419 Arch. Fribourg 1re Coll. des lois n° 162 f° 41. Weitere Belege l. c. Dort bezeichnet Geodefroy den creanceor als celui qui se porte caution.

Es ist nachgewiesen worden, dass es im mittelalterlichen Recht einer bestimmten Form bedurfte, um die persönliche Haftung herzustellen. „Das Treugelöbnis war ein rechtsförmiger Akt“ [1]). Und als die rechtlich notwendige Form bezeichnen die Quellen selbst formelhaft: „Hand und Mund“, „Finger und Zunge“.[2]) Durch Handsymbol und Wortform wird die Treue gelobt, die Person verhaftet. Erst dieser Nachweis erschliesst uns das volle Verständnis für den Formalismus. Denn die Form ist eine derartige, dass sie den Zweck des Treugelöbnisses unmittelbar zum Ausdruck bringt. Und andererseits wird erst jetzt, wo wir Zweck und Wirkung der Form kennen, eine genetische Ableitung möglich, wie sie Franken angestrebt hat, eine Ableitung, wonach die Form als eine notwendige und unmittelbare Folgewirkung der Entwicklung des materiellen Rechts sich herausgebildet hat. Der Formalismus des Handschlages ist durchsichtig und verständlich geworden. „Weil es sich bei der Treue um die freiwillige Überantwortung des zu Pfand gesetzten Körpers der Person handelt, so ist es nur natürlich, dass sie auch körperlich gegeben wird, und zwar, dass als Wahrzeichen, welches den Treuwillen dem Auge sinnenfällig machen sollte, die Hand diente. Denn die Hand steht für die Person“ [3]), sie ist das Symbol ihrer Macht. Wer sie hingibt, unterwirft sich, gibt sich in die Gewalt dessen, der sie entgegen nimmt. Schon die arische Urzeit hat in diesem Sinne die Handreichung gekannt[4]). Sie bedeutete damals die Vergeiselung der Person, die wirkliche Übergabe derselben in die Gewalt des Gläubigers zum Zwecke der Sicherung einer Schuld Als nun im Laufe der Entwicklung die persönliche Haftung mit der Freiheit des Haftenden vereinbart wurde, hielt man doch an der Handreichung fest Sie sollte immer noch die Unterwerfung manifestieren. Sie war der vorweg genommene Formalakt der faustpfandartigen Unterwerfung. Der Schuldner wollte sich hingeben, nur sollte er zunächst noch seine Freiheit behalten. Er gab die Treue hin, körperlich, mit dem Handschlag, indem er damit seinen Willen zum Ausdruck brachte, sich selbst zu stellen, indem er

[1]) Puntschart 334, 389, 406f.

[2]) Cit. S. 342f., 485f.

[3]) S. 491.

[4]) S. 499, vergleiche jedoch unten, im Anhang Kap. 3 und das Vorwort.

sich verhaftete, sich band, de facto freilich nur virtuell, in der Vorstellung aber, eben dank des Formalaktes, immer noch mit der ganzen Person wie ein Geisel.

Dass auch das französische Recht den Formalakt kennt, deuten die Quellen zuweilen in allgemeiner Weise an.

. . . à ce se obligèrent les ci — devant dis bourjois solempnement et souffisamment[1]), par solempne promesse (et par notre leal creant[2]), fayre assegureir et prendre segurté de tot les nostres et a nos appertignyent et de tot autres per la magniere et forme etc.[3]).

Deshalb rechnen wir darauf, in den Quellen auch dem Handschlag zu begegnen. Das ist denn auch der Fall. Unser Formalakt heisst paumée. Doch tritt er uns in ganz merkwürdiger Verwendung entgegen. Es möchte scheinen, dass er mit dem Treugelöbnis nichts zu tun hat und dass er nur die Perfektion des Schuldvertrages zum Ausdruck bringe.

Emptio vel venditio non valet sine palmata, vel sine solutione pretii peculiari vel universali, vel sine rei traditione[4]).

li autre dit que pour ce que il i a paumée est marchié par cotume, et il n'i ot point de paumée; que por ce veaut-il que li marchiez fust nus[5]).

Danach ist offenbar der Schuldvertrag (erst) abgeschlossen mit der Handreichung. Dazu kommt, dass die Quellen regelmässig die paumée neben arrha, denier à Dieu und Entrichtung des Preises stellen. Dies veranlasst Esmein[6]), die paumée nicht in den Rahmen des Formalkontraktes zu stellen, sondern sie in unmittelbare Beziehung zum Realkontrakt zu bringen. Sie soll eine exécution partielle purement symbolique sein, eine tradition réduite à sa plus simple expression. Dahin

---

[1]) Maure a. 1273.

[2]) 1370 Ord. V 380.

[3]) Arch. Friburg 1m coll. de lois a. 1409 no 165.

[4]) Montpellier a. 100.

[5]) Livre de Jostice I. 2 § 7. Die Stelle läuft jedoch auf die Anerkennung des Konsensualvertrages hinaus, vergl. Franken S. 55 f. Dort finden sich zahlreiche weitere hierhergehörige Quellennachweise, ebenso bei Esmein S. 26 f. ferner bei Siegel: Handschlag und Eid in den Sitzungsberichten der phil.-hist. Cl. der K. Ak. d. W in Wien. Band 130 S 71 f. Es mögen deshalb hier die wenigen Zitate im Text genügen.

[6]) l. c.

führte die Entwicklung des Realvertrages: von der vollwertigen Leistung aus bin zur blos teilweisen Erfüllung und weiter bis zum Handschlag, dem blossen Symbol der Erfüllung. Es nimmt sich aus wie ein Beweis der Richtigkeit dieser Auffassung, dass sie sich in derselben Weise Esmein und Franken ergeben hat. Aber Franken gibt seine Darlegung über diese Zusammenhänge in dem letzten Abschnitt des Buches (über das Mobiliar-Engagement). Über die paumée spricht er in den einleitenden Untersuchungen über Real- und Formalvertrag und hier kommt vielmehr ein anderer Gesichtspunkt zur Geltung. Der Kampf zwischen Real- (und Formal-)vertrag und Konsensualvertrag ist der Kampf zweier grundsätzlich verschiedener Anschauungen, der Kampf zwischen römischem und deutschem Recht. Weil das richtig ist — und Frankens Darstellung der verschiedenen Phasen dieses Kampfes erhärtet dies — darf man gerade nicht die paumée als letzten Rest des Realkontraktprincipes auffassen. Natürlich und geradewegs hätte eine solche Entwicklung auch zum Konsensualvertrag hingeführt. Für das altfranzösische Recht handelt es sich aber um Gegensätze, nämlich um den germanischen Real- und den römischen Konsensualvertrag. Ein drittes kommt zunächst nicht in Frage. Aber freilich, sobald der letztere sich anschickt, das Feld zu erobern, erhebt sich die Schwierigkeit. Das deutsche Recht kennt keinen Konsensualvertrag. Ausser vom Realvertrag weiss es nur noch vom Schuldvertrag, der, wenn er verfolgbar sein soll, durch eine Haftung, insbesondere durch ein Treugelöbnis unterstützt sein muss. Ein römischer Verkauf verstösst zunächst gegen den Grundsatz des Realvertrages. Aber sollte er trotzdem anerkannt werden, so erhebt sich die andere Schwierigkeit: der Vertrag ist noch nicht konfirmiert. Und nun begegnen wir in den Quellen den verschiedenen Lösungen: Die einen anerkennen rückhaltlos den consensu abgeschlossenen Kaufvertrag: covenances acordées par bones mors font le marchié [1]). Die andern finden, dass es einen solchen Schuldvertrag nicht gebe: Der Verkauf ist von Alters her ein Realvertrag. Sollte sich aber der Käufer ausdrücklich obligieren — was eben bis dahin auch nicht nötig gewesen — dann wollte man doch den Vertrag anerkennen, — eine Conces-

[1]) Liv. d. Jost. cit.

sion an das römische Princip, — doch eben erst mit der Begründung der Haftung — ein überaus interessanter Vorbehalt. Er bedeutet eine Abwehr nach zwei Seiten hin: gegen die Möglichkeit einer persönlichen Haftung aus dem Konsensualvertrag einerseits und gegen das Aufgeben des Realprinzipes, da wo es bisher geherrscht hat, anderseits. Daher drängt sich hier die paumée hinein. Wo sie nötig erscheint, in den Fällen von Kauf, Leihe, Miete, Pfand, bedeutet dies einen Sieg deutschen Rechtes, innerhalb desselben aber doch auch einen Bruch mit eigenen bisherigen Auffassungen. Es ist darum überaus charakteristisch, dass die Rechte selbst wieder schwankend werden, und in mehr oder weniger weitem Umfange ein Rücktritts- oder Reurecht zulassen [1]).

Doch wie dem auch sein mag, das eine scheint mir zweifellos, dass auch in den angeführten Fällen die paumée der Handschlag des Treugelöbnisses ist. Das wird schon dadurch wahrscheinlich, dass dem auch in den deutschen Quellen so ist [2]). Nach ihnen wird mit dem Handschlag auch bei den genannten zweiseitig verbindlichen Verträgen die Treue hingegeben. Aber auch die französischen Quellen lassen dies deutlich zum Ausdruck kommen. Man vergleiche die interessante Stelle:

Si quis mercator aliquam rem mobilem alicui obligatam emerit, possessionemque ejusdem adeptus fuerit, si creditor contra dictum mercatorem ratione hypothecæ vel alias contentare voluerit, hoc ei facere non licebit. Possessio vero adepta dictae rei venditae dicitur quando mercator pecuniam exsolvit seu partem ejusdem, aut mercam suam ibidem interposuit aut possessionem actualem acceperit, aut cum instrumento versus venditorem de solvendo certum quid et certo termino se obligaverit, in istis casibus possessio adepta dicatur [3]).

Diese Stelle zeigt die Ratlosigkeit, mit welcher man dem Widerstreit des deutschen und des römischen Rechts gegenüberstand. Es stellte sich, sobald man vom Prinzip des Real-

---

[1]) vgl. darüber die oben S. 69 N. 5 zitierte Literatur.

[2]) Siegel cit.

[3]) a. 1312 Berger ac

vertrages abwich, die Frage nach dem Besitzübergang ein. Es zeigt sich dabei schon hier das Bestreben, denselben unmittelbar vom Vertragsschluss abhängig zu machen. Die Voraussetzungen sind die nämlichen, wie sie in manchen der von Franken und Esmein beigebrachten Stellen für den Vertragsschluss erheischt werden. Entweder wird das Prinzip des Realvertrages hochgehalten, oder aber es trete doch eine formelle Obligierung dazwischen. Dieser kommt dann eine sonst völlig fremde Funktion zu: diejenige eines Perfektionsmomentes des Vertrages. Ebenso hier: Mit der persönlichen Obligierung geht der Besitzwechsel vor sich. Doch gewiss eine dem Instrumentum im allgemeinen fremde Wirkung — ein Zufälliges. Aber der Formalakt der persönlichen Obligierung eignete sich zum Refugium gegen römische, allzustörende Anschauungen. Deshalb die Verwendung desselben (paumée,) zum Abschluss des Vertrages, und dann auf der neuen und schiefen Bahn eigenmächtig vorwärtsgehend, seine Verwertung in der Frage nach dem Besitzübergang (in der zitierten Stelle: instrumentum).

Da es sich freilich in der beigebrachten Stelle nicht um den Vertragsabschluss handelt, könnte immerhin der Schluss ein trügerischer sein. Es bleibt ja immerhin merkwürdig, dass die paumée ihre Anwendung nur bei den zweiseitig verbindlichen Verträgen zu finden scheint, insbesondere beim Kauf, so dass Du Cange[1]) an erster Stelle glossiert palmata = contractus emptionis vel venditionis; quod in signum pretii conventi dextram dextrae committere solent etc. Aber dass es sich hier doch nur um eine Nebenwirkung des Formalaktes des Treugelöbnisses handelt, zeigt schon folgende Stelle:

Noz entendons que marchiés est fes si tost comme il est creantés à tenir par l'acort des parties entre gens qui pueent fere marchiés, — — ou si tost comme li deniers Dieu en est donnés, ou si tost comme erres en sont donnees; car chascune de ces trois chozes vaut confermement de marchié[2]). Nach Franken[3]) bedeutet créanter par l'acort des parties: consensu contrahere.

[1]) Glossarium h. v. VII S. 4.

[2]) Beaumanoir 1066.

[3]) S. 53.

Es wird also der Konsensualvertrag anerkannt. Daneben stehen Gottespfennig und Arrha. Daraus folgt Franken, dass der Konsensus doch nicht das juristisch allein Bedeutsame sein könne. Andererseits aber unterlasse Beaumanoir, seiner Dreiteilung weitere Konsequenzen zu geben, etwa durch Beispiele, wann blosser Konsens genüge, wann eine Arrha oder dergleichen nötig sei. Selbst für den besten Juristen seiner Zeit sei es noch zu früh gewesen, das erst in der Bildung begriffene Obligationenrecht unter feste oberste Regeln zu bringen. Aber Beaumanoir spricht nur von den Verträgen, die nach dem germanischen Recht allein re zu stande kamen. Diese sind perfekt durch Hingabe des denier à Dieu oder der Arrha und dazu kommt eine dritte Möglichkeit: ältere Quellen bezeichnen sie als paumée. Beaumanoir gibt derselben Sache einen andern Namen, der Kauf[1]) ist abgeschlossen durch das creanter der Parteien. Wie wir bereits gesehen, kennt Beaumanoir das fiancer im Sinne des Ablegens eines Treugelöbnisses und in demselben Sinn das creanter. Auch stilisiert er Formeln der Obligierung[2]), die zeigen, dass er das Wesen des Schuldvertrages und seine Wirkungen und die Haftung mit ihrem Zweck und der nötigen Form ihrer Begründung so scharf erfasst hat, dass wir auch beim creanter unserer Stelle nur an die Begründung der Haftung durch Treugelöbnis denken dürfen. Der nächste Beisatz ist ja charakteristisch: creanter à tenir. Weiterhin folgt freilich die Wendung par l'acort des parties. Aber selbst, wenn es richtig wäre, dass sich hier Beaumanoir unmittelbar hätte vom römischen Recht beeinflussen lassen, bliebe doch zu Recht bestehen, dass die persönliche Haftung begründet werden muss, wenn die in Frage stehenden Verträge zur Existenz gelangen sollen. Es wäre eine Beeinflussung, die nur wiederum zeigte, wie Beaumanoir das römische Recht selbständig auffasste und selbst da, wo er es scheinbar acceptierte, doch im Grunde genommen vom eignen, einheimischen Recht nicht liess. Aber dieser acort des parties kann gar wohl

[1]) Diesen Sinn hat sehr häufig marcié, ebenso berechtigt uns nicht nur der Wortlaut der Stelle, sondern die Bedeutung, welche dem genannten Ausdruck zukommt in vielen Quellen, ihn auch in unserer Stelle als Bezeichnung der zweiseitig verbindlichen Rechtsgeschäfte aufzufassen.

[2]) Vergl. oben S. 41 f.

darauf gehen, dass der Verkauf nicht durch denier à Dieu oder arrha, sondern eben durch Treugelöbnis, creante á tenir abgeschlossen werde. Oder, was wahrscheinlich, die Wendung soll nur den Nachsatz einleiten, der Vertragsfähigkeit verlangt[1]).

Dass aber für den Fall des Weglassens von Arrha oder Gottespfennig oder Weintrunk das Treugelöbnis nötig war zum Vertragsabschluss, dass dies also auch in der angeführten Stelle der Fall ist und dass also auch überall mit der paumée nichts anderes gemeint ist, zeigt folgende Bestimmung:

Datis arris, vel bibito vino de mercato, vel data spalmata vel alia facta fide, qua intellegiatur perfectam fore venditionem, venditio tunc intelligatur esse perfecta[2]).

Durch die Handreichung wird die Treue gegeben, das Treugelöbnis abgelegt. Dies ist der Sinn der paumée. Darüber kann schliesslich kein Zweifel mehr sein, wenn die Quellen selbst es deutlich aussprechen:

ut hoc firmum et ratum sit — — fidem meam firmavi in manu Girardi[3]).

promiserunt per fidem suam corporaliter praestitam in manu nostra etc.[4])

Il fiança de sa main nue que il revendra etc.[5])

Et l'avons nous — — promis et cranté par nostre foy fiancee de nostre propre main en la main du dit G. etc.[6])

Li vicuens de M. sa fame ont promis et fiancié de lor main au la moi que etc.[7])

Die körperliche Treue ist also eine Handtreue, eine fides manualis[8]). Das beweist, dass sie die Herrschaft über die

[1]) Schon Esmein hat die Identität von faire foi und créanter behauptet. Doch vermutet er, dass in unserer Stelle die Bedeutung eine andere sei S. 103 N. 3. vergl. noch 97 N. 2. Hingegen macht auch Franken keinen Unterschied zwischen der paumée und dem fiancor la main S. 60.

[2]) Statuto Cadubrii lib. II Cap. 53 cit. bei du Cange h. v.

[3]) Charta 1147 cit.

[4]) Cartulaire de St. Pierre d'Avenay (Hist. de l'abbaye d'Avenay par M. L. Paris 1879. Bd. II) N. 96 S. 134. Esmein S. 99 f. wo zahlreiche weitere Beispiele.

[5]) A. 1278. Bibl. de l'Ecole des Chartes 1873. S. 328. Vergl. auch Franken S. 224, 265, S. 60.

[6]) Hist. de Metz IV 750 a 1419.

[7]) Cart. de Champ. Rich. cit.

[8]) Esmein cit., Du Cange verbo manus.

Person darstellt und erklärt, warum mit ihrer Darreichung die Person verhaftet wird. — Endlich sei noch eine Stelle beigebracht, die geeignet ist, in mehr als einer Richtung die bis jetzt gewonnenen Resultate zu unterstützen.

Li sire doit faire garder les prisonniers au sien; et voulons que la communanté de Menre et de Vyeu ait propre scel qui fasse foi et créance pour emprunter deniers et pour obliger eus et lors biens et leurs successeurs à tenir les convenances et autre chose que ils feroient etc. — — promettant par la foi de nos corps que nous avons donney en la main de venerable Père, Piere — — pour ces chose toutes ces convenances et loyaument à tenir et à garder, que nus ne venrons jamais en nul jour encontre — — promettons à garder fermement à toujours, sans rappeler par nos fois devant dittes — — et à ces convenances toutes fermement tenir et garder loyamment sans venir enconter nous en obligeons nous et nos hoirs et espécialement nos successeurs — et sy en obligeons et en tout, en abandon en la main de monseigneur l'arcevesque, tout le fief de M. et de V. et toute la chatellerie que nous tenons de lui — — et à ce se obligèrent les ci-devant dis bourjois solempnement et souffisamment par M. G. et J. F. leur procureur, les syndics et corateur — — et requérons en suppliant à notre chier signeur le roi de France qu'il doint ses lettres scellées de son propre seel pour faire tenir les convenances dessus, pour lesquels à tenir nous, et chacun de nous pour tous, avons donné la foi de nos cors et nous mettons nous et not hoirs, quant à ces choses fermement garder, en la juridiction de l'arcevesque de Rains etc.[1]).

Doch im Handschlag erschöpft sich der Formalismus des Treugelöbnisses keineswegs. Denn nicht mit der Hand allein, sondern mit Hand und Mund wird die Treue gelobt[2]). Der Schuldner spricht es auch aus, dass er seine Treue einsetzen will. Nicht nur zum Auge, sondern auch zum Ohr dringt die Form, in welcher die Haftung konstituiert wird. Und zwar handelt es sich dabei um bestimmte Worte, um Wortformeln, die solenniter ausgesprochen wurden. Das faire foy, fiancer foy muss den Tenor der Formel abgegeben haben.

[1]) Es folgen die Renunciationen. Nouv. Rev. hist. A. 1894. Bd. 18 S. 65 und oben S. 42 N. 2. Charte de Manre A. 1273.

[2]) Puntschart § 18 insb. d. 364f.

Et teuls sont les paroles que l'on doit dire as truiwes prendre et au fiancher: Vous fianchiés boines truiwes et loyaux à chelui de vous de vos parens de vos amis et de vos forche. Und die Fortsetzung zeigt, dass das Treugelöbnis zugleich fuissent prises de main à autre[1]). Aber auch wenn gerade diese Worte nicht angewendet, sondern andere Wendungen benutzt wurden, mussten sie durchaus formalistischen Charakters sein. In Bezug auf die Bürgschaft erzählt uns dies der livre de Jostice et de Plet:

Plévine si est quant aucun dit tex paroles: Je doi à P. vingt livre à paier à tel jor, si vos prie G. que vo(u)s me replevissiez. — P. dit: G. plevissez-vos cest home de vingt livres qu'il me doit? — Et G. dit: Oïl, si mi met. — Et je vos i met. — Et ge i autre. — Et je recoit[2]).

Und dass es sich bei solchen Worten wirklich um eine Form handelt, sagt auch der grand coutumier de Normandie[3]): Simple plevine est faite en ceste forme: Je plevis Jean qu'il rendra à Michel vingt sols à Noel.

Schon im früheren Mittelalter wird das Treugelöbnis oft in einer anderen Form abgelegt, nämlich durch den Eid. Dies ist in unserer Periode im reichsten Masse der Fall. Überall begegnen wir dem Eide in dieser Form. Er obligiert.

per juramentum — dictam pecuniae summam volumus teneri solvere[4]), — promettons par nos sermens[5]) P. et heredes sui tenentur, et juramento sollempniter prestito, promiserunt et — obligarunt et esse voluerunt obligatos[6]).

Firmancia vel sacramentum solum non recipiatur ab eo, sed pignora vel obsides etc.[7]).

Sed ille obligans se sacramento[8]).

---

[1]) Livre. Roisin. Edit Lavainne S. 97 f.

[2]) XIV. 38 § 1. Esmein bemerkt zu dieser Stelle (S. 108): Qui ne voit que cette scène n'était pas seulement parlée, qu'elle devait être mimée en même temps?

[3]) ch. CX de pleges.

[4]) Notes zu Priv. de Normandie a. 1315 Ord. I S. 594

[5]) Chitry a. 5.

[6]) C. de Lorris (éd. Prou. 1884) a. 1247.

[7]) Conc. Tol. a. 1228 c. 8 cit.

[8]) De gloria Confess. c. 68. Esmein 98 No. 2.

asseubrer par son serment[1]), e promessero e mandero corporalment, toquats los sans evangelis de Deu, jureren[2]).

et les fortifient de serement[3]).

promittentes sacramento interposito[4]) dant et praestant cautiones idoneas ac sub propriis juramentis et bonorum obligationibus[5]) sacramento vel fide plivita sit firmata[6]).

Doch an Stelle des vel in der letztzitierten Quelle steht eben so häufig et. Dabei finden sich all' die verschiedenen charakteristischen Wendungen, in welchen das fiancer foi uns bisher begegnet ist, auch in Bezug auf den Eid, so dass daraus unzweifelhaft hervorgeht, dass der Eid eine landläufige Form des Treugelöbnisses gewesen ist. Es wird von einem körperlichen Eid gesprochen. Daneben begegnen wir aber auch Aussprüchen, wonach die Treue in die Hand des Gläubigers gelegt (Handschlag) und geschworen wurde. Es wird die Treue gelobt und geschworen. Es wird versprochen und geschworen durch fides und Eid. Es wird durch Eid die Treue gelobt. Es wird also verbürgt wie durch körperliche Treue so auch durch Eid.

Promittimus — — bona fide et per juramentum nostrum ad Sancta Dei Evangelia corporaliter praestitum[7]).

Si vous Mandons et estroitement enjoignons sur la foy, serment et loyauté que vous avez (sc. donné) à Nous[8]).

Et doit dire qne ledit compromisest par serment et par foy — — confermée[9]), per juramentum nostrnm super sancta Dei evangelia corporaliter praestitum[10]).

Celle fiance doit estre faite devant II du mestier au

[1]) Cout. des fr. hommes de Cambrai Ord. IV S. 378.

[2]) C. de Prayssas a. 1349 Rev. hist. 1860 Bd. VI S. 149.

[3]) Ord. 1329. Ord. Bd. II S. 33.

[4]) Lettres royales a. 1351 cit. S. 431.

[5]) Priv. du St. Chapitre de St. Bernard de Romans en Dauphiné a. 1358 Ord. Bd. III S 269 f.

[6]) Montpellier 69, vergl. jurées ou fiancées in anc. C. de Bret. art. 331

[7]) Ord. du Dauphin zu Priv. cit. in No. 5 S. 288.

[8]) Lettres a. 1346 Ord. II S. 256.

[9]) Anjou et Maine F. No. 259.

[10]) Charte mun. de la Côte-Saint-André a. 1301 art. 68. N. Rev. hist. a. 1895 Bd. 19 S. 343.

mains, et doit jurer seur sains[1]), contre fidem plevitam juramentumque corporale prestitum[2]), promist et eust eu conuent par sa foy sur ce iurée et fiancee[3]), n'y ne juroit jamais que par la foy de mon corps[4]), plivitus per fidem — et juratus super sancta Dei Evangelia; — per fidem suorum corporum pliviverunt et super sancta Dei Evangelia juraverunt; — se obligaverunt sub suae fidei plevimento und nachher folgt: sub dicto juramento[5]), accipio te in fide et credentia mea loco sacramenti[6]) promittentes — — bona fide loco juramenti interposita[7]).

Diese letzten beiden Stellen lassen geradezu darauf schliessen, dass der Eid die gebräuchlichste Form des Treugelobens gewesen ist[8]). Dies erklärt sich daraus, dass der Eid gegenüber dem gewöhnlichen fidem facere doch noch ein Mehreres enthielt. Durch ihn wird die Treue Gott oder den Heiligen verpfändet[9]). Daher die schweren Meineidstrafen infolge des Bruches, daher vor allem auch die Kompetenz der kirchlichen Gerichte[10]). Und noch eine merkwürdige Wirkung, auf die allein noch hier

---

[1]) Liv. des mest. 1e p. XXXIII, 4 Lespinasse et Bonnardot. vergl. post manus nobis datas et sacramenta nobis facta in Charta Henr. Imp. a. 1014 bei Du Cange v. o. manus.

[2]) Lettres roy. a. 1363 Ord. Bd. IV S. 237.

[3]) Somme rural l. I. cit. 26 S. 145.

[4]) Histoire du chevalier Bayard S. 14 cit. bei La curne de St. Palaye vo foy. vergl. die Formen für die Angelobung der Lebenstreue: Et luy promechez et jurez par la foy et serment de vostre corps que de ce jour en avant foy et loyauté vous luy porterez oder: Et jurez à Dieu et aux Sainctes evangiles par la foy et serement de votre corps que etc., ferner: Ce mistere doit estre dit l'omme de foy ayant les mains joinctes entre celles de son seigneur, et après sur ung livre faire derchief les sermens dessusdiz. Anjou et Maine Bd. IV S. 120 f., 177, vergl. Esmein 104 f. Warnkönig und Stein, franz. Staats- und Rechtsgeschichte II S. 352 f.

[5]) Chartae a. 1244, 1238, 1351 cit. bei Du Cange vo plevire.

[6]) Charta a. 1157, cit. Du Cange vo credentia.

[7]) Privileges de Romans à cit. 290.

[8]) Deshalb definiert Du Cange fermer (firmare) geradezu als jurejurando promittere, oder Geodefroy plevnie als promesse avec serment.

[9]) adhibitis sanctorum pignoribus heisst es in einer Schenkungsurkunde aus dem Jahre 977, Franken S. 248.

[10]) Weswegen die königliche Gewalt früh, doch lange vergeblich, gegen diese Verwendung des Eides ankämpft. Vergl. Glasson VII S. 592 f., 684 f Anders aus dem gleichen Grund die Kirche. Glasson 593.

aufmerksam gemacht werden muss, kommt dem Eide zu. Wir haben bereits gesehen, welche fremdartige Funktion dem Treugelöbnis in Hinsicht auf die ehemaligen Realverträge zu einer Zeit zufiel, als das römische Konsensualprinzip anfing, sich Geltung zu verschaffen. Daran erinnert die Kraft, die dem Eide zukommt, einem ungiltigen Geschäft seine Ungiltigkeit zu nehmen. Wenn auch vielleicht nie völlig unangefochten, ging doch die allgemeine Meinung dahin, dass ein sonst nichtiges Geschäft durch den Eid vollwirksam werde[1]). S'il a promis l'usure à rendre par sa foy, il peut requerre que la foy lui soit laschée affin qu'il ne soit pas tenu le rendre la dicte usure. — — Mais si ilz ont jurés à les poier ilz doivent estre contrains ad ce et de rendre à Dieu leur serment[2]). Um nötigenfalls sich dieser besonderen Wirkungen erfreuen zu können, wird deshalb gelegentlich der Eid auch da verwendet, wo die primäre Funktion desselben nicht mehr in Betracht fällt, weil die Haftung bereits hergestellt ist.

In locis in quibus consuetum est in instrumentis juramenta vel fidem poni a Notariis Senescalliarum, ad requisitionem contrahentium, non inhibeatis apponi fidem et hujusmodi juramenta[3]).

Quant au regard des debtes personnelles dont n'appert par lectres. Les debtes qui apparront par lectres obligatoires vallidées par foy et serment etc.[4]).

Diese Stellen zeigen nicht nur, dass infolge der ständigen Verwertung des Eides für das Treugelöbnis der Ausdruck foy et serment stereotyp war — denn in der genannten Ordonnanz hat es nur in Bezug auf den Eid einen Sinn, derartige Bestimmungen aufzunehmen, — sondern sie weisen bereits auf anderweitige Mittel und Formen hin, die der Begründung der

[1]) Dazu vergl. vor allem Esmein 34 f., insbesondere auch Beaumanoir, dort S. 35 No. 5 cit.

[2]) Die Kirche gibt dann aber eine Restitution. Anjou et Maine F. No. 585/6 S. 217 vergl. No. 638 S. 234 Bd. II: . . Mais à deffaire telle vendicion il y fault relievement de Roy et dispensacion de son prelat pour le serment que l'on a fait en vendant. An Stelle der paumée also der wirkungsvollere Eid!

[3]) Ordonnance en faveur des Eglises de Languedoc a. 1302 art. 26, Ord. I S. 340 f., vergl vorige Seite No. 10.

[4]) Anjou et Maine E. No. 330 S. 592 Bd. I.

persönlichen Haftung dienen. Schon manche der bisher verwerteten Quellenaussprüche enthielten Andeutungen in dieser Richtung und wir finden sie wieder in Stellen wie:

Obligée par foy et serment ou aultrement[1]), quant aucun est obligé par foy et serment ou autrement personnellement à etc.[2]).

Diese andern Formen sind hier nicht mehr darzustellen. Sie haben schon mehrfache nähere Behandlung gefunden[3]). Zudem handelt es sich in diesem Abschnitt darum, eine Erklärung für den Formalismus des Treugelöbnisses zu geben und vor allem auch darum, durch den Nachweis des Treugelöbnisses selbst und seines Zweckes einen letzten kräftigen Beweis für die Richtigkeit jener Auffassung zu gewinnen, welche die Obligation als Haftung angesehen wissen will. Hiermit ist die nötige weite Basis für das Folgende gewonnen. Aber gerade in Hinsicht auf die Betrachtungen, die uns in den beiden nächsten Abschnitten beschäftigen werden, müssen die angedeuteten andern Formen der persönlichen Obligierung wenigstens noch namhaft gemacht werden.

Wie durch Eid oder Handschlag kann die Haftung auch durch eine vor Gericht oder Rat abgegebene Erklärung hergestellt werden.

que celuy amy se fust obligé de faire la somme et le poyement, et par cour qui pouvoir y eust, ou qu'il luy eust les choses jurées ou fiancées[4]).

Si sit in communia contencio de debito vel conventione vel aliquo mercato, ipsa terminabitur recordatione duorum de viginti quatuor juratis qui solo verbo suo credentur, quia juraverunt hoc in inicio sui eschevinatus; et si postquam perfecerint annum sui eschevinatus et depositi fuerint, surgit contencio de debito coram eis credito, vel de convencione, vel aliqua re ante eos

[1]) Grand coutumier S. 216.

[2]) Anjou et Maine M. ch. 34, No. 228 S. 474.

[3]) Vergl. die ältern Darstellungen bei Schäffner, Rechtsverfassung Frankreichs III 239 f., Warnkönig und Stein II S. 534 f. Doch stehen beide Autoren noch auf dem Standpunkt der Formlosigkeit der Verträge, und die neuern Darstellungen: Glasson VII 588 f. Esmein, S. 20 f., 33 f., 59 f., 95 f., Franken, insbesondere § 4 und § 18.

[4]) a. C. d. Bretagne a. 321.

facta, juramento eorum finietur — et si de decem solidis vel minus querela fuerit, testimonio parium sine juramento finictur[1]).

Si quis Burgensis — — alicui pecuniam suam crediderit, et ille cui tradita est, *coram legitimis hominibus in Villa sua hereditariis, sponte concesserit*: quod si die constituta, pecunia illam non persolverit, ipse vel bona ipsius, donec omnia reddant, retineantur: Si persolvere noluerit, aut negaverit hanc conventionem, et testium duorum Scabinorum vel duorum Juratorum inde convictus fuerit, donec debitum solvat retineatur[2]).

Obligation si est quand un homme de fief se oblige *sur son seel* ou se oblige *pardevant homme de conte*, ou quand on se oblige *devant les eschevins de la ville* privilégiée[3]), obligiés *par letres*, ou *par devant justice* ou *par devant bonnes gens*[4]).

Wie schon in früher herangezogenen Quellenstellen sehen wir auch hier die *Briefe oder die Siegel* als Mittel zur Herstellung der Haftung genannt. In der Tat nehmen diese Siegelbriefe — die Siegelung ist das Obligierende[5]) — in den mittelalterlichen Rechtsquellen den breitesten Raum ein[6]). Die in

---

[1]) arg. Etablissement de Rouen art. 22. Ed. Giry 1883/5. vergl. Bd. I S. 16,23.

[2]) Diese Stelle zeigt, worauf wir früher schon kurz hingewiesen, das Wesen des Verhaftens als ein concedere und bringt anschaulich den eventuellen Charakter dieser Machteinräumung, das Quasi-hypothekarische der „persönlichen“ Haftung zum Ausdruck. Priv de St. Omer a. 1350 art. 2. Ord. IV S. 248.

[3]) Somme rural. éd. d'Abbeville 1486 fol. 39 col. 1, cit. bei Esmein S. 165. Andere Belege siehe dort S. 57 fg.

[4]) Beaumanoir 1538. Hier kehren also die boni homines wieder, die in den Formulae der karoligischen Zeit eine grosse Bedeutung haben. Über die Obligierung mit garants vergl. Glasson VII 592.

[5]) vgl. obligé par son seel, très a. C. de Bret. art. 86, obligé soubs son séel, Grand coutumier S. 220, Mante tit. I art. 1 N. 4. Die insbesondere bei der Abfassung von Coutumes, von Privilegien u. a. ständige Formel: Quod ut firmum et stabile permaneat in futurum hiis praesentibus litteris opponimus sigillum nostrum, ferner der technische Ausdruck: seel des obligacion Ord. IV S. 644. III S. 248, S. 21 sg. — Charte de Manre cit.

[6]) per literas obligatus Bourdot de Ridebourg III 229, per litteras suas obligaverunt se ad garanciandum etc. Olim II S. 452. Un homo qui obligiet ait ses cateutz etc. par lettres — — Artois (Tardif 27) oblegiés par lettres (cit. S. 13) les liens de la lectre Anjou et Maine K. N. 211, im Übrigen verweisen wir auf die Citate oben S. 28, 36, 40, 41 u. a. m.

dieser Form hergestellte Obligation ist denn auch eine überaus wirksame und bietet dem Gläubiger mannigfache Vorteile, die zum Teil weiter unten noch Erwähnung finden werden. Deshalb ist es aber auch unseres Erachtens nicht richtig, dass der mündlichen Rede viel grösseres Gewicht beigelegt wurde als Brief und Siegel[1]). Vielmehr sprechen die Quellen oft geradezu von sola fides und nennen die daraus entspringende Haftung im Gegensatz zu der durch lettre hergestellten eine simple obligation[2]). Zu weiter gehenden Obligierungen reichen andere Formen zuweilen gar nicht hin. Wir werden noch solche Fälle kennen lernen, in denen die lettres allein vom Rechte als hinlängliche Form anerkannt werden.

Nicht spricht gegen diese Auffassung, dass diese Siegelbriefe im ausgehenden Mittelalter rasch ihre Bedeutung verloren. Es war dies nur der Fall, soweit und weil sie durch ein Besseres, die notarielle Urkunde ersetzt wurden. Hingegen sind gleichzeitig mit den Briefen in ihrer alten Form auch die andern Erscheinungsarten des mittelalterlichen Formalismus verschwunden und zwar ohne dass für sie ein Ersatz eingetreten wäre Gerade die Bedeutung des Handschlages ist bald vergessen. Er erscheint zuweilen noch als Zeichen des Consenses der Parteien.

Alle Verträge sind irrevocabel, sobald die Parteien einig sind: si tost que les parties contractantes y ont respectivement consenty; or que seulement en signe de consentement, elles ayent touché en main qu'on dit donner ler paulmée jaçoit qu'ils ne soient passez pardevant Notaires ou Tabellions[3]).

Und da es sich bloss noch um ein Zeichen der Willensübereinstimmung handelt, erscheint der Handschlag auch nicht mehr als zum Abschluss des Vertrages notwendig, da irgend welche andere Mittel den gleichen Zweck erfüllen können.

Le contrat, marché, et convention est entendue parfaite, sitost que les parties contrahantes y ont mutuellement consenty.

---

[1]) Puntschart S. 367.

[2]) vgl. Bouteiller S. 639.

[3]) C. de l'évêché de Metz art. 1 in tit. III. Bourdot de Richebourg Bd. II. S. 414 fg vergl. unten Anhang, Kap. IV.

Soit par signe d'adieu mutuel ou donnant la parole ou touchant en main, que le commun appelle bailler la paulmee ores que la convention ne soit passee par devant justice, notarie ou tabellion[1]).

Oder, seinem Sinne nach völlig korrumpiert, erscheint der Handschlag nur noch im öffentlichen Versteigerungsverfahren: le heritage mettront et exposeront en vente et palmée au plus offrant[2]).

Hingegen ist man erstaunt, dass es Pothier in seinem Traité des obligations nicht „hors de propos" findet, die Wirkungen des einem Vertrage beigefügten Eides zu prüfen. Denn dies geschehe immer noch zuweilen pour assurer davantage l'accomplissement des engagemens. Er findet dann, dass der Eid allerdings die Wirkung habe, de rendre plus étroite l'obligation et de rendre plus coupable celui, qui y contrevient. Denn zu der Treulosigkeit, die in jedem dem Vertrag Zuwiderhandeln liege, stosse der Eidbruch. Doch das gehöre dem Bereich des Gewissens an. Und schüchtern genug wird beigefügt: Ce serment n'a que peu ou point d'effet dans le for extérieur. Die „Obligation" sei auch ohne ihn valable[3]).

In der Form des Eides hat sich also die Erinnerung an das Treugelöbnis am längsten gehalten. Und doch hat Esmein

---

[1]) C. de Gorze a. 1624. Bourdot de Richebourg II S. 1073 fg. art. 2 und 4. Art. 5 betont noch ausdrücklich in Hinsicht auf die Wirkungen dieses Consenses: De sorte qu' à l'une et à l'autre desdites parties compete action pour faire suivre et effectuer ce dont elles auront donné ledit mutuel consentement sur la chose commencée. Sowohl nach dem Rechte von Metz art. 3, als nach demjenigen von Gorze hat der Vertrag nur dann die Wirkung, dass er die Tradition ersetzt, wenn er in autentischer Form abgeschlossen wurde. Art. 8: Et comme tel peut agir au possessoire et se maintenir en sa possession, ce qu'il ne pouvoit pas, ou seulement il y auroit simple convention faite mesme sous la paulmée(!)

[2]) C. de Binch a. 1587. B. de Richebourg II S. 201 fg. Art. 55. vergl. Bd. I S. 1138 f. C. de Renaix a. 1552. tit. XVII. N. 4, on est obligé de mettre et de palmer à prix ledit tenement et hyp. etc. Hingegen mag hier immerhin noch erwähnt werden, wie spät zuweilen noch der Schuldner als obligatus plege genannt wird: si ancun ait debtes et il a mis en plaiges et il meurt ou il s'enfuit, et s'il n'y a cathels — — on peut vendre son heritage etc. C. de Richebourg 17. Jahrh. Band I cit. S. 391. Art. 1 n. 57. — vergl. C. de Sens a. 1506 art. 247. Band III cit. S. 483 fg.

[3]) Traité cit. Bd. I S. 73 fg.

Recht, wenn er schon im Eid eine Decadenzerscheinung in der Geschichte des Treugelöbnisses erblickt. Der Eid ist dies im Grunde genommen schon dadurch, dass er kirchlicher Natur ist. Dadurch mischten sich nicht nur dem Treugelöbnis fremde Momente hinein, sondern es dokumentiert sich in der Bedeutung, die der Eid erlangte, überhaupt die Macht der kirchlichen Einflüsse. Diese aber wirkten im Wesentlichen, trotz der Form des Eides, nach der Richtung der Formlosigkeit hin. Canonisches Recht und Naturrechtsphilosophie haben wohl am meisten beigetragen zur Untergrabung des alten Formalismus. Aber auch das römische Recht tat das seinige. Dabei war der Angriff von dieser Seite kein Frontalangriff. Man hielt dafür, dass auch das römische Recht auf dem formalistischen Standpunkt stehe und man nannte die einheimischen der Obligierung dienenden Formalakte Stipulationen[1]). Aber auf dem Gebiete, in welchem das germanische Recht nur den Realvertrag gelten liess, zeigten sich die Gegensätze. Insbesondere der Kauf wurde unter römischem Einfluss zu einem Konsensualvertrag, zu einer Zeit, wo im übrigen der Formalismus noch lebenskräftig war. Aber notwendig wurde auch für ihn die einmal geschlagene Bresche verhängnisvoll. Man begann missverstandene Sätze des römischen Rechtes für die allgemeine Formlosigkeit ins Feld zu führen[2]).

Das sind äussere Einflüsse. Innere Momente treten hinzu, die die Entwicklung in der gleichen Richtung fördern. Und diese inneren Potenzen müssen wiederum von zweierlei Art sein. Es mag in der Eigentümlichkeit der Form selbst begründet liegen, dass sie nicht stabil bleiben kann, dass sie vielmehr tiefgreifende Änderungen erleiden und durch sie verkommen muss. Diese Sachlage finden wir in der Geschichte des Siegels Wir finden sie auch bei der Formalität das Eides, wenn wir das Gesagte etwas weiter dahin fassen, dass die

---

[1]) Olim Bd. IV S. 917. a. 1314: ipsi, sponte et voluntarie, sollenni stipulacione interveniente, se obligaverant etc.

[2]) Wir können auf früher Gesagtes verweisen, insbesondere auf Franken S. 53 fg. und bes. § 5 d. 70 s. Esmein 37 fg Unschwer ist die im Texte behauptete zeitliche Aufeinanderfolge aus den von den Genannten beigebrachten Quellenstellen zu ersehen.

Form möglicherweise nur künstlich dem Verhaftungszwecke dienstbar gemacht wird. Es geschah dies gerade beim Eid zum Teil aus Umständen heraus, die nicht im Bereich des deutschen Privatrechts liegen.

Oder aber die Form selbst hat sich zwar mit Naturnotwendigkeit bilden müssen auf Grund des Verlaufes, den die Entwicklung des materiellen Rechtes nehmen musste. Die Form ist deshalb verständlich und verständig und solid. Doch sie erweist sich scheinbar als zu solid. Das materiele Recht lebt weiter und modifiziert sich und zwar dergestalt, dass die einem früheren Rechtszustand entsprungene und demselben adäquate Form nunmehr in dem neuen Rechte nicht mehr den ihr zukommenden Inhalt findet. Und mit dem Inhalt ist der Sinn entschwunden. Noch ragt die Form in die neue Zeit hinein als letzter Zeuge des alten Rechtes. Bald wird sie diesem nachfolgen. Diesen Umwandlungsprozess erleidet das Treugelöbnis. Doch die Betrachtung desselben stellt uns von Anfang an vor die Frage nach dem Inhalt der mittelalterlichen persönlichen Obligation.

Drittes Kapitel.

Die Haftung der Person und die Haftung des Vermögens.

A. Die Personalexecution.

Die persönliche Haftung ist die materiellrechtliche Grundlage der Personalexekution. Im Falle der Nichterfüllung der Schuld bedarf der Gläubiger der Genugtuung und des Ersatzes. Eben zu diesem Zwecke ist die Haftung begründet worden. Ist es eine Person, die dergestalt als Satisfaktionsobjekt eingesetzt wurde, dann kann sich der Gläubiger an sie halten. Auf Grund ihrer Haftung steht ihm dies Recht zu. Es ist freilich möglich, dass die Haftung nach Eintritt der Voraussetzungen, unter denen sie überhaupt erst praktisch wird, durch den Haftenden selbst verwirklicht wird. Freiwillig begibt sich der Schuldner in die Schuldknechtschaft, wie er dies versprochen hat, sobald er sich in die Unmöglichkeit versetzt sieht, seine Schuld gehörig zu erfüllen. „Eventuell aber benötigt der Gläubiger die Anwendung von Gewaltmassregeln gegen den Haftenden, die Verfolgung desselben, um die Haftung zu verwirklichen, sei es, dass der Haftende seine Person der Verwirklichung entziehen will, oder sei es, dass er Widerstand leistet, und was dergleichen Gründe mehr sind, welche zur Verfolgung, zum Zwange nötigen [1].“ Diese auf Grund der Haftung angewendeten Gewaltmassregeln bilden die Personalexekution.

Dass es sich dabei wirklich um ein Verfahren gegen die Person selbst handelt, ergibt die Geschichte der persönlichen Haftung. Als Geisel war die Person Faustpfand. Wenn sie sich nun obligiert unter vorläufiger Wahrung der Freiheit, so ist

[1]) Puntschart 205. Wie schon im Vorwort bemerkt, ist diese Darstellung durch das im vierten Kapitel des Anhanges Gesagte zu ergänzen.

sie eventuelle Geisel, eventuelles Faustpfand. Dahin zielt das Treugelöbnis. Die Formen desselben, insbesondere der Handschlag, sind dafür charakteristisch genug.

Deshalb führt Puntschart[1]) aus, dass die persönliche Haftung keine Haftung des Vermögens der Person sei. Vielmehr sei das, was von allem Anbeginne an haftc, nur die Person selbst als der Träger ihrer wirtschaftlichen Kraft, welche, wenn es zur Verwirklichung der Haftung komme, dem Gläubiger dienstbar gemacht werden solle. Nur das physische, körperliche Substrat, an das sich Arbeits- und Erwerbsfähigkeit, sowie Erwerb knüpfen, hafte von allem Anfange an, daher man die persönliche Haftung des Mittelalters ganz wohl als ein plegium corporis bezeichnen könne.

Aber schon am Schlusse des letzten Abschnittes ist auf eine merkwürdige Divergenz zwischen der ältesten und natürlichsten Form, in welcher die persönliche Haftung begründet wurde und dem Inhalt dieser persönlichen Haftung hingewiesen worden. Die im Treugelöbnis hingegebene Treue ist eine fides corporalis. Sie ist dies, weil sie körperlich gegeben wird, als fides manualis. Gerade dadurch aber wird sie es auch in dem andern Sinne, dass sie eine foi de corps ist, indem mit ihr der Körper als eingesetzt erscheint. Nun beginnen sich jedoch schon zu einer Zeit, als sich das Treugelöbnis noch allgemeiner Anwendung erfreute, Bewegungen geltend zu machen, die auf die Unterdrückung der Haftung des obligatus mit seinem Körper hinwirken. Über die diesbezügliche Bedeutung der Ordonnanz Ludwigs vom Jahre 1256 bestehen freilich Meinungsverschiedenheiten[2]) und infolgedessen auch über die Ausdehnung und Intensität der damaligen Bewegung gegen die Personalexekution.

Es ist richtig, dass in manchen Rechten nach wie vor die

---

[1]) S. 199 f.

[2]) Ni que nuls homs soient tenus en prison pour chose que il doie, s'il habandonne ses biens fors notre debte tant senlement. Darnach soll nur die cessio bonorum die contrainte par corps ausschliessen. So insb. Viollet, Etablissement I, 227 und Histoire 593. A. M. Glasson, der auf Grund eines Textes, in welchem der Zwischensatz s'il habandonne etc. fehlt, die Ansicht vertritt, die Ordonnanz habe zu Gunsten der Privatschuldner rundweg dio c. p. c. verbieten wollen. VII 614 f.

contrainte par corps in uneingeschränkter Anwendung erscheint[1]). si ancuns est debtez ou plegiez, di Maircs et li quatre Eschevin le doivent contraindre de paier, ou de bailler gaiges, ou prenre ses choses ou son corps[2]). Aber diese Rechte bilden unzweifelhaft die Ausnahme[3]). Das ist zuweilen schon deutlich zu erkennen durch die Art und Weise, wie Bestimmungen abgefasst sind, die die alte Personalexekution approbieren. Dergestalt erscheint diese letztere beispielsweise als ein ausländischen Kaufleuten gewährtes Privileg: en contraignant à ce touz leurs debiteurs, ainsi comme il appartendra à faire; mesmement par prinse de corps et à tenir prison, combien que par Lettres ne autrement lesdiz debteurs n'y soient obligez etc.[4]). Dagegen wird betont, dass die Einheimischen selbst diese Kaufleute nur dann in ihrer Freiheit beeinträchtigen dürfen, wenn diese letzteren sich ausdrücklich dahin obligiert hätten. Und das ist denn in der Tat die Voraussetzung, von der die meisten Rechte ausgehen.

Quod — non obligatorum persone arrestentur pro debitis privatorum, sed eorum bona venalia exponantur, de quibus satisfiat creditoribus, nisi hoc ex conventione processerit debitoris[5]).

Nullus Burgensis debet arrestari — — pro aliquo debito seu obligatione aliqua, nisi quathenus ad hoc obligatus — inveniatur[6]), debitores ad hoc, per bonorum capcionem, vendicionem et explectacionem, corporumque detencionem, si ad hoc specialiter obligati fuerint, compellendo[7]).

Mes sires li rois est en saisine et en possession generaument de prandre et de tenir por sa dete queneüe et provée cors et avoirs et heritages, selone l'usage de la cort laie; ne l'en ne

[1]) vgl. Glasson 616 N. 2, Esmein 128 N. 1.

[2]) Rouvre a. 3.

[3]) Wenn es also richtig ist, dass Ludwig der Heilige das Verbot in dem genannten weiten Umfang statuiert hat, dann ist Glasson, der von dieser Annahme ausgeht, nicht zuzustimmen, wenn er behauptet, dass die Ordonnanz beinahe gar keine Wirkung auszuüben vermocht habe. VII 615.

[4]) Privileges accordez aux Marchands Castillans trafiquans dans le Royaume a. 1364 art. 23 Ord. Bd. IV.

[5]) Ord. a. 1303 art. 12 Bd. I S. 397 f.

[6]) Bergerac art. 25.

[7]) Lettres royales a. 1366 Ord. IV 713, vgl. Lettres a. 1304 art. 7 Bd. I S. 414 f.

met home en prison por dete se n'est por la soe[1]), en contraignant à ce yceulx debteurs, par la prise, venduë, explectacion de leurs biens et detencion de leurs corps: se obligez y estoient[2]).

Nul ne doit estre detenu en prison pour nulles debtes, si ce n'est pour la debte du Roy ou s'il n'estoit obligé especialement à tenir prison et ostaige. si justice ne povait autrement riens trouver de quoi faire satisfacion, l'en doit prendre le corps du debteur si partie le requiert et ad ce soit obligé le corps, et tenir en prison au pain et à l'eau aux despens de la partie jusques à tant que satisfacion soit faicte, et y deust mourir[3]).

Quand il advient que aucune personne oblige son corps à autre personne, pour certaine dette à tenir prison, celuy à qui il est obligé, peut requerre celuy qui fust obligé, qu'il tienge prinson[4])

Et en plus grand seureté et à fin de ne iamais venir contre les choses, le vendeur a obligé et oblige son propre corps à detention de prison fermee[5]), si faute auoit en ce que dit est, et obligé est, pour le prendre et detenir, ou qu'il puisse estre trouvé[6]).

S'il n'a riens, l'en ne prent pas son cors ne pour sa plegerie ne pour sa dete, se ce n'est pour la dete le Roi ou le conte. — — Pleges ne puet perdre son cors pour plegerie qu'il face etc.[7]).

Der Schuldner verhaftet sich, gibt seine körperliche Treue — foi de corps — hin, gibt sie hin, indem er die Hand darreicht, die der Gläubiger erfasst und zum Zeichen seiner Macht umschliesst Und doch — der Gläubiger kann gar nicht mehr auf den Schuldner greifen, wenigstens nicht mehr auf Grund

---

[1]) Etabl. I II Nr. 22. Bd. II S. 411.

[2]) Lettres royales a. 1354 Bd. IV S. 503, vergl. dort S. 455, 607, 679.

[3]) Anjou et Maine F. N. 945 Bd. II S. 338.

[4]) a. C. d. Bretaigne art 311.

[5]) Im Gegensatz zur Haftung, bei der sich Schuldner oder Geisel bloss obligieren zum Aufenthalt innerhalb einer bestimmten Stadt oder Landschaft. Esmein 129. Glasson VI 618. In Reims durfte der Schuldner nur einige Stunden täglich gefangen gehalten werden.

[6]) Bouteiller l. 1 tit. 26. vergl. l. II tit. 1 S. 652.

[7]) Beaumanoir 1326, 1332.

dieser Obligierung, welche doch ursprünglich — und formell immer noch — gerade nur diesem Zwecke diente. Diese Verschiebung zwischen dem materiellen Recht und der Form, in welcher dasselbe begründet wird, gelangt besonders drastisch in folgenden beiden Erscheinungen zum Ausdruck.

Das Treugelöbnis in dem in der bisherigen Darlegung gegebenen Sinne führte notwendig dazu, dass dem Gläubiger das Recht zustand, eventuell auf die Person des Haftenden zu greifen. Nun gibt es aber nach wie vor noch solche Formen. Die durch deren Anwendung entstandene Obligation geht von Rechtswegen auf den Körper des obligatus. Diese wirkungsvolleren Formen sind nun aber gerade andere als diejenigen des Treugelöbnisses.

— — arrestabantur et includebantur, inclusique detinebantur debitores obligati ad vires parvi et magni Sigillorum regionum Montisspessulani et Carcassone[1]).

Indessen ist es nicht allzuhäufig, dass in dieser Weise einer bestimmten Form der Obligierung de lege eine Wirkung beigelegt wird, die offenbar schon lebhaft als eine sehr weitreichende empfunden wurde. Es wurde vielmehr in der Mehrzahl der Rechte verlangt, dass der Schuldner ausdrücklich, expresse et specialiter sich mit seinem Körper obligieren müsse, wenn dem Gläubiger überhaupt eine dahin zielende Sicherheit gegeben werden wolle. Und zur besseren Wahrung dieser Auffassung wurden Bestimmungen getroffen, wonach jene ausdrückliche Obligierung des Körpers rechtlich wirksam nur in bestimmter Form vorgenommen werden könne. Diese Form ist wiederum keineswegs diejenige des Treugelöbnisses Nach dieser Richtung hin versagt also das letztere bereits.

Nullus Burgensis debet arrestari — — pro obligatione aliqua, nisi ad hoc obligatus cum instrumento expresse inveniatur[2]) — — retenir le cors de son sougiet en prison; mais ce ne puet il pas fere pour la dete d'autrui, se li detés ne s'i est obligiés par letres, ou pardevant justice, ou devant bones gens[3]).

[1]) Lettres confirmantes a. 1402 Ord. Band VIII S. 539.

[2]) Bergerac cit. art. 25.

[3]) Beaumanoir 1538, vergl. 1539.

tu te fuisses obligiés par lettres por prendre et arriester ten cors[1]).

Iuge doibt bien savoir que nul ne doit estre emprinsonné pour debtes s'il n'est obligé par lectres à tenir prinson ou oustaige, si ce n'est pour la debte du Roy[2]).

— Um diese Divergenz zwischen dem Formalismus des Treugelöbnisses und dem materiellen Rechte darzutun, wie wir es versucht haben, nicht nur um eine im allgemeinen wenig beachtete Seite in der Dekadenz des Formalismus zu streifen, sondern vor allem, um einen Ausgangspunkt für einige spätere Erörterungen zu gewinnen, wäre es im Grunde genommen gar nicht nötig gewesen, bis zu jenen Rechten vorzudringen, die die Personalexekution nur noch auf Grund besonderer Klauseln zulassen. Denn wir werden noch Rechte kennen lernen, nach welchen allerdings auf die schuldnerische Person gegriffen wird. Es geschieht dies aber in einer Art und Weise, dass man sagen muss, sie entspreche keineswegs mehr dem Geiste des Treugelöbnisses und der natürlicherweise durch sie hergestellten Personalhaftung. Denn auf Grund dieser wird die Person resp. die in ihr enthaltene Arbeitskraft Satisfaktions- und Sicherungsobjekt. Es wird sich aber zeigen, dass die Personalexekution schliesslich keine andere Funktion mehr ausübte als etwa ein Retentionsrecht, dass sie sich in der Willenspression erschöpfte. Es steht im diametralen Gegensatz zur alten Geiselschaft und zu der ältesten quasi-hypothekarischen Personalhaftung, wenn im späteren Recht die obligatio personae im engern Sinne des Ausdruckes nur noch als — Magd der Realexekution ihr Dasein fristet Und dass dies der Fall ist, wird sich erweisen. — Doch wenn wir uns anschicken, das Exekutionsverfahren in die Mobilien und Immobilien zu betrachten, erhebt sich sofort die Frage nach dem Wesen dieser Exekution und ihrer Stellung zum Verfahren gegen die Person selbst. Um diesen Fragen näher treten zu können, bedarf es vor allem eines kurzen

---

[1]) Artois II 3.

[2]) Aujou et Maine F. N. 41 S. 48 (Bd. II) vergl. Appendix zu Text M. Bd. IV S. 489. wo es von den Notaren heisst: ne mectront es obligacions aucun article de tenir houstaige ou prison, s'il n'est expressement dit, leu et donné entendre aux parties.

Blickes auf das Tatsächliche des altfranzösischen Exekutionsrechtes.

B. Die Exekution in das Vermögen.

Vom neunten bis zum zwölfteu, ja bis zum Beginn des dreizehnten Jahrhunderts war das Recht im wesentlichen ungeschriebenes Recht. Das schliesst keineswegs aus, dass es doch seine Weiterbildung erfahren habe. Das ist denn auch gerade in Hinsicht auf die uns hier beschäftigende Materie behauptet worden. Wie das Privatrecht so sei auch das Exekutionsrecht am Ende dieses Zeitraums auf einer ungleich höhern Stufe gestanden als zu Beginn desselben. Wollen wir aber zum Verständnis des Vollstreckungsverfahrens, wie es uns im französischen Recht des späteren Mittelalters entgegentritt, durchdringen, so müssen wir uns freilich von einer derartigen Vorstellung völlig lossagen. Es treten uns da merkwürdige Erscheinungen entgegen, zu deren Erklärung wir nicht etwa nur auf die Karolingerzeit, sondern noch viel weiter zurückgehen müssen.

Nach bestimmten Richtungen hin fand schon Tambour[1]) das Exekutionsrecht der späteren Zeit demjenigen der fränkischen Periode inferior. In den letzten Jahren hat auch Viollet in seiner vortrefflichen Ausgabe der Etablissements Ludwig des Heiligen hierher gehörige Erscheinungen dahin charakterisiert, dass sie das germanische Recht reiner wiederspiegelten als die Kapitularieu[2]).

Und dem ist allerdings so und zwar nach mehr als einer Richtung hin. Dass die Exekution zu Gnnsten Fremder häufig gar nicht geregelt ist, darf nicht wundern. Das erklärt sich zum guten Teil aus jener Zerreissung der Abhängigkeitsbande nud aus jener Atomisierung der Gesellschaft, die in der nachkarolingischen Zeit stattgefunden hat. Die Folgeerscheinungen sind freilich schon bedenklich genug. Es wird zuweilen rundweg de lege die absolute Ohnmacht konstatiert, einem Gläubiger gegen einen ausserhalb des eigenen Teritorinms wohneudeu

[1]) Des voies d'exékution sur les biens des debiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français. Bd. II S. 56.

[2]) I. 107 f.

Schuldner zu seinem Rechte zu verhelfen[1]). Deshalb wird dem Gläubiger gestattet, eigenmächtig auf einen solchen Schuldner oder auf ihm gehörige Sachen, wenn er solche in seinem Gesichtskreis findet, zu greifen[2]). Aber die Rechte gehen weiter und lassen diese Pfändung in dem weiten Umfange zu, dass der Gläubiger alles pfänden möge, was von demselben Orte herrührt, dem der Schuldner zugehört[3]). In wie weitem Umfange derartige Rechtsauffassungen betätigt wurden, beweist der Umstand, dass wir in den jüngeren Rechtsquellen immer wieder der Bestimmung begegnen, wonach für eine Schuld niemand anders als der Obligierte gepfändet werden dürfe. Dagegen werden zuweilen wieder die Mitbürger des Gläubigers vom Gesetz zu adjutores gemacht: Sie dürfen ihre Beihülfe zur Pfändung nicht versagen. Und zwar gilt das nun keineswegs bloss gegen Fremde. Wie weit die mittelalterlich-deutschen Quellen das Privatpfändungsrecht für nichtprivilegierte Forderungen anerkennen ist streitig. Altfranzösische Coutumes statuieren es zuweilen in unzweifelhafter Weise, so dass die Anerkennung desselben in nicht unbeträchtlichem Umfange feststeht[4]). Dabei ist charakteristisch, dass es ganz besonders gegen den Bürgen geübt wird. Aber in ein merkwürdiges Licht rückt dieser Rechtszustand vor allem dadurch, dass die gesetzgebende Gewalt ihn nicht nur nicht zu bekämpfen, sondern vielmehr zu schützen scheint. So nimmt schon eine Ordonnanz aus dem zwölften Jahrhundert gegen die prava consuetudo Stellung, wonach der Richter angegangen werde vor der Pfändung und fährt fort: De quo praeceptum est ut quicumque fidejussorem habuit, sine clamore aliquo ad praepositum sive vigerium facto, vadimonium quis capiat[5]). Ja noch im vierzehnten Jahrhundert

[1]) Vgl. Zitat bei Tambour cit. S. 43 N. 1.

[2]) l. c. S. 44. Vgl. auch Giraud II S. 249 Abs. 1. Übrigens sehr häufig in den Quellen.

[3]) l. c. 45.

[4]) Creditor — — debitorem suum auctoritate propria gagiare ratione debiti ibidem contracti. — Quilibet Burgensis pignorare potest pro suo debito cognito. Tambour 53 f. Im allgemeinen wird man auch derartige Stellen nicht auslegen dürfen wie Vigié, Nouv. Revue Bd. 23 a. 1899 versucht in Bezug auf C. de Belvès art 15.

[5]) Ord. v. 1145. confirmée a. 1224. Ord. I S. 9 und 48. cit bei Tambour S. 41.

stossen wir auf ein an die richterlichen Gewalten gerichtetes Verbot, die Kreise des Privatpfändungsrechtes zu stören. Offenbar hatten es die Gerichte hin und wieder als Bedürfnis empfunden, ihren Einfluss in diesem Sinne geltend zu machen. Die Antwort darauf ist folgende:

Inhibemus insuper ne aliquis Senescallus, Iudex, Officialis, Receptor aut Serviens creditorem aliquem compellat invitum ad tradendum suas obligatorias litteras, etiam sub aliquo sigillorum nostrorum sigillatas, ut fiat per manus eorum executio, de eisdem, nisi creditor executionem per Receptorem seu Servientem fieri requisierit, quin imo creditor per se, vel per privatum nuntium, debita sua possit si velit, absque compulsione vel exactione requirere et levare[1]).

Also noch in der zweiten Hälfte des Mittelalters steht die aussergerichtliche Pfandnahme um Schuld in Übung. Dass es sich dabei um das alte, urgermanische Rechtsinstitut handelt, steht ausser Frage. Die nähere Ausgestaltung weist unverkennbar darauf hin. Zudem findet sich ein Analogon dieser zeitlich so weiten Zusammenhänge resp. dieser Lebenszähigkeit des alten Rechtes in der gerichtlichen Pfandnahme, wie wir dies noch des näheren sehen werden. Ferner gehen vielen der Rechte, welche die Privatpfändung anerkennen, alle Elemente ab, auf denen allein eine Weiterentwicklung sich vollziehen konnte und auf denen allein sie sich tatsächlich in andern Rechten vollzogen hat. Endlich finden sich noch Bestimmungen hinsichtlich dieses Pfändungsrechtes, die in ihrer Eigentümlichkeit auf das hohe Alter des Institutes hinweisen, wobei sie freilich derart sein können, dass sich in den Volksrechten kein Vorbild für sie nachweisen lässt. Nach den Fors de Béarn kündete der Gläubiger dem Schuldner die Pfändung an und verlangte dabei zugleich, dass dieser, — offenbar um die Pfändung zu erleichtern, — die Türen geöffnet halte oder aber, dass er für ihr Verschlossenbleiben Sorge trage — offenbar um damit bereits anzudeuten, dass die im Hause befindlichen Mobilien verhaftet seien und dass die Haftung nunmehr realisiert werden solle. Kommt der Schuldner den diesbezüglichen Dispositionen des Gläubigers nicht nach, dann hebt dieser einfach die Türen aus.

---

[1]) Ord. a 1338 art 30. Bd. II S. 122 f.

Si ung homi besii se clame d'autre, o en deu colher diers et l'on fe penhere en son hostau, ab Senhor o sentz Senhor,[1]) en las portes, ditz que prumer las deu obrir et estacar ans que tregue o barre, et apres si lo Senhor de l'ostau las barra ni las obri, ni lo qui coelher ac deu ac pot provar, las pot treyer. Asso es estat judyat per Bernat de Th. et per J. d' E. P. A.[2]) Und wiederum können wir bis ins vierzehnte Jahrhundert hinuntersteigen, um immer noch derartigen Bestimmungen zu begegnen.

Licet (eis) — — propria autoritate, contradictione cujusquam non obstante, eisdem debentes census etc. — et alia debita — exigere et compellere ad solvendum, etiam per amotionem hostiorum fenestrarum domorum in quibus habitant et etiam in propriis domibus quamvis non sint eisdem pro praedictis obligatae, et alias dicta hostia fenestras secum portari faciendo et detinendo usque ad congruam satisfactionem etc.[3]).

Haben wir es hier nicht mit letzten Spuren urgermanischen Rechtes zu tun? Wir stehen keinen Augenblick an, dies zu behaupten. In zweifacher Richtung erweckt die Wendung domorum in quibus habitant et etiam in propriis domibus quamvis non sint — obligatae Aufmerksamkeit. Das Wohnhaus wird als solches in den Vordergrund gerückt und als eine ganz besondere Konzession noch hervorgehoben, dass selbst das eigene Haus des Schuldners nicht verschont bleibe. Als ob es natürlicher wäre, das Eigentum des Schuldners zu schonen. Als ob man skrupelloser die Gebäulichkeiten anderer angriffe, in denen sich der Schuldner gerade aufhält. Sollte hier wirklich noch der urgermanische Hausfriede durchschimmern, wonach das Haus die Feste des Mannes ist, über deren Schwelle der Gläubiger nicht treten darf? Diese

---

[1]) Privatpfändungsrecht vergl. art. 149.

[2]) Béarn art. 144. Überaus interessant ist in diesem Rechte noch, dass die Pfändung durch den Gläubiger selbst vor allem dazu dient, zu einem Prozesse zu gelangen. Denn mit der Beklagung scheint der Zweck erreicht zu sein: Das Pfand wird zurückgegeben. Art. 133 vergl. Tambour S. 53.

[3]) Privileges du St. Chapitre de St. Bernard de Romans en Dauphiné. a 1358. Ord. Bd. III S. 269 f. art. 20.

Vermutung bestätigt sich. Noch leben Spuren jener uralten Anschauung fort — charakteristischer Weise wiederum im Süden[1]), in einem Rechte, das uns zwei Mal glauben machen will: ledit pays se gouverne et regist par droit escript. Folgende Stelle klingt allerdings nicht römisch:

Nengun non deu estre pres au cors à sa maison, ou autra, per deute civil. Supplican, que per nengun deute civil de qualqua Court que sia, ou si que fous privilegiada, directament ou indirectament nenguna persona deufra losdiches contats de Provensa, et de Forlcalquier, non deia esser pressa de la persona, ni autrament empenada daufra sa propria maison, ni en autre hostal, ben que tal persona fossa de la persona obligada, per evitar diverses inconveniens que poirans venir à causa de voler tirar per forsa cauque homme de ben de son hostal propri ou d'autre.

Die Obligierung des Schuldners mit seinem Körper wird also ausdrücklich vorausgesetzt. Trotzdem soll man auf ihn nicht greifen können in einem Hause. Die Unterscheidung von eigenem und fremdem Hause wird dabei gemacht, doch nur um zu betonen, dass in beiden Fällen gleichermassen der verfolgende Gläubiger vor den Türen halt zu machen habe. Anders jedoch in der beigefügten königlichen Responsio.

Justum et aequum videtur, quod de domo propria, vel conducta, vel gratia concessa ullo tempore: aut de diversorio ad hispitandum destinato, durante decem dierum spacio à die ingressus computando, aliquis debitor, licet personaliter obligatus, non extrahatur invitus, nisi hoc esset occasione delicti — — Et placet, quod respectu extractionis fiendae à dominibus hujusmodi abstineatur etc.[2]).

Nunmehr wagen wir aber auch nach der anderen Seite hin in Bezug auf die Stelle, von der wir ausgegangen sind, unsere Schlüsse zu ziehen. Es fiel auf, dass das Recht des Gläubigers, Fenster und Läden auszuhängen, ausdrücklich nicht davon abhängig gemacht erschien, dass vorher das Haus

[1]) In viel grösserem Umfang allerdings im Norden unseres Quellgebietes, worüber in Kap. III des zweiten Teils und insbes. im IV. Kapitel des Anhanges.

[2]) Statutae Provinciae Forcalqueriique comitatuum a. 1366. tit. de Bannis. Bourdot de Richebourg Bd. II S. 1205 f.

obligiert worden sei. Das führt wiederum auf eine ganz merkwürdige Spur. Wir müssen es hier mit einem letzten Rest eines Rechtes zu tun haben, das unabhängig von der vertraglichen und überhaupt privatrechtlichen Haftung seine Anerkennung gefunden hat, eines Rechtes also von pönalem Ursprung. Die Entfernung der Fenster hat nun freilich nur noch Coercitionsfunktion. Aber für diesen Zweck allein hat das alte Recht andere Mittel für hinlänglich erachtet. Hingegen wurde in dieser Weise auf das Haus gegriffen zur Strafe in der Form einer Abspaltung der Friedlosigkeit: in der Form der Wüstung. Diese finden wir in der Tat noch in den Quellen unserer Zeit durchaus mit dem eben genannten Charakter in einer Anwendung, die ihr typisch-germanisches Wesen wahrlich nicht verleugnet: im Kontumacialverfahren.

Si augun caver have feyt injurie au bescomte, et no bole estar au judyament de la Cort; lo Bescomte aya la soe terre, et qu'en prenque so que far deu, et que fassa de la mayson a sa voluntat, en ar den o en destruyen[1]).

Merkwürdigerweise kommt diese Wüstung aber auch zur Anwendung gegen den Schuldner, der seinen Verpflichtungen nicht genügt.

Si per aventure no ha penheres movables de las quoaus pusque satisfar aus rencurantz, lo vesconte, ab tote la terre, lo deu la mayson darrocar, exceptat treytz los estantz, et las maseras darrocar, et deu lo foec ancide, et la laar fode, et las soes terres mete dejuus lo ban[2]).

Li mueble si en sont au baron; et se il ont terres, ne maisons en la terre au baron, li bers les doit ardoir et les prez arer, et les vignes estreper, et les aubres cerner[3]).

[1]) Béarn art 15.

[2]) Ossau art. 21: Wenn der Schuldner keine pfändbaren Sachen hat, muss der Vicomte das Haus zerstören und die Scheunen, muss das Feuer auslöschen und die Güter in Bann legen.

[3]) Etablissement. liv. I, 28 Bd. II S. 38. Es möge hier noch folgende merkwürdige Stelle Platz finden, derzufolge der Schuldner während Jahr und Tag nicht aus dem gefrohnten Hause treten darf. Si fiat clamor de Burgense pro debito quod ipse agnoscat, si nequeat illud solvere, cum domus ejus tradatur pro debito, ipse non exiet domum suam, usque ad annum et diem elapsum. Priv. de la Ville de Pont-Orson. a. 1366 art. 14. Ord. Bd IV S. 639. Vergl. v. Meibom S. 104 f.

Gewiss handelt es sich bei all diesen Erscheinungen um singuläre Bestimmungen. Aber im Rahmen einer Geschichte des Schuldrechtes sind sie durchaus beachtenswert. Wir werden denn auch in andern Zusammenhängen auf sie zurückkommen. An dieser Stelle zeigen sie uns, worauf es hier vor allem ankommt: Die geschichtliche Kontinuität ist nicht unterbrochen. Es wird auch das Verständnis des Exekutionsrechtes, wie es uns aus der Mehrzahl der Quellen des ancien droit entgegentritt, am besten unter diesem Gesichtspunkt zu gewinnen sein: Inwieweit findet die Regelung des Zwangsverfahrens noch ihre Basis in fränkischen und germanischen Einrichtungen? Es wird sich erweisen, dass es in hohem Masse der Fall ist.

Da ist zunächst die gerichtliche Pfändung. Das Institut ist bekannt[1]). Es ist im wesentlichen in unsern Quellen dasselbe wie in denjenigen deutscher Zunge, besonders wenn man von den Eigentümlichkeiten des sächsischen Rechtes absieht. Der Schuldner wird gepfändet, nachdem die Mahnung keinen Erfolg gehabt hat: post quindecim dies assignatos debitori ad solvendum illi cujus erit debitum[2]). Im vierzehnten Jahrhundert ist es noch häufig der Richter, welcher die Pfändung vornimmt: Si Bajulus pignoret aliquem[3]). Späterhin wird der Gerichtsbote damit beauftragt. Le sergent doit prendre des biens du debteur et faire diligence de parachever l'execution de ladicte requeste[4]). Dabei klingt es wirklich an die Grafenpfändung der lex Salica an, wenn von dieser Pfändung etwa gesagt wird: res interdicantur[5]). Unsere besondere Aufmerksamkeit erheischt dabei wiederum das Recht der Fors de Béarn. Der Richter spricht den Bann aus über die Fahrhabe, die er beim Schuldner vorfindet und setzt, wenn möglich, einen Hausbewohner zum Hüter ein, dem er die Sachen anvertraut[6]). Das Recht von Bergerac hingegen

[1]) Vergl. Plank, Deutsches Gerichtsverfahren Bd. II S. 243f. v. Meibom S. 70f. Warnkönig u. Stein II S. 592f. Tambour insb. S. 118f. Glasson VI 598f. Viollet, Histoire S. 592f. Etablissements I 106f.

[2]) l. de Fleurence a. 1396 art. 45 Ord. Bd. VIII S 97.

[3]) l. c. vergl. vor allem Tambour l. c. Nach Nieuport a 1163 art. 7 ist es der justiciarius cum scabinis, welcher cui res debetur faciet potentem super omnia quae debitor habet.

[4]) Anjou et Maine M. ch. 38. N. 171. Bd. IV S. 447.

[5]) Montpellier a. 1205 art. 2.

[6]) art. 201 und 202 vergl. auch S. 286.

verlangt die Aufbewahrung an sicherem Ort. Diese Erscheinungen berühren sich allerdings[1]) mit dem deutschen Ausbürgen. Die Regel ist freilich, dass die gepfändeten Objekte sofort dem Gläubiger übergeben werden[2]). Dass das Aufgebotsverfahren fehlt, überrascht nicht. Doch fehlt auch jegliches Anbieten des Pfandes zur Einlösung. Diese Einlösung ist begreiflicherweise jederzeit möglich, solange das Pfand aufbewahrt wird. Dafür setzen die Rechte bestimmte Fristen fest[3]), meistens von sieben, acht, neun oder vierzehn Tagen. Nun tritt das Verfahren in seinen zweiten Teil. An das Sicherungs- schliesst sich das Befriedigungsverfahren an. Zum Zwecke der Befriedigung werden die Pfandobjekte dem Gläubiger übereignet. — — si debitor inventus fuerit catallum habere, major illud capi faciet et tradi creditori in solucionem debiti[4]).

Si quis debeat alicui debitum quod non possit vel nolit reddere, tantum de suo tradetur creditori quod pagetur, si tantum habet[5]).

Die überwiegende Mehrzahl der Rechte sieht jedoch den Verkauf vor.

Bona mobilia incontinenti capta, venduntur et distrabantur etc.[6]). bona capta et pignorata vendi non possint usque ad quatuordecim dies post sequentes a die execucionis seu pignoracionis faciende[7]).

Und der Verkauf findet durch den Gläubiger selbst statt[8]). Dabei fällt auf, dass es die Rechte des öftern in das Belieben desselben stellen, ob er verkaufe oder nicht.

---

[1]) Vergl. v. Meibom 79f. a. M. Plank S. 251.

[2]) Tambour 119f. Fleurence cit.

[3]) a. M. für das deutsche Recht Plank l. c.

[4]) Rouen art. 39; vergl. C. de Bayonne 106.

[5]) Priv. de Rouen et de Falaise Ord. Bd. V art. 25; vergl. Tambour S. 123f.

[6]) Reglement de Montpellier art. 8.

[7]) Prio de Puy-Mirol a 1370 art. 4. Ord. Bd. V S. 312; vergl. zahlreiche weitere Quellennachweise bei Glasson 601 N. 5. Tambour 120f.

[8]) Vergl. die in N. 5 cit. Der Verkauf geschieht au plus offrant sans fraude en lieu publique. Anjou et Maine cit.

Per alios quindecim dies pignora custodiat, quibus elapsis, vendat, si voluerit etc.[1]).

Si quis vadium comitis vel alterius habuerit, non tenebit ultra octo dies, nisi sponte[2]). Der Gläubiger kann durch sein Zuwarten dem Schuldner Gelegenheit bieten, das Pfand noch einzulösen. Dies ist, weil[3]) ein Anbieten vorher nicht stattgefunden, freilich vielerorts auch nach stattgehabtem Verkauf noch möglich, doch regelmässig nur noch während weniger Tage[4]).

Dies gesamte Verfahren stellt sich unzweifelhaft als die unmittelbare Fortentwicklung des Rechtes der gerichtlichen Pfandnahme dar, wie es uns in den Volksrechten entgegentritt. Aber zum Überfluss erhält die Behauptung noch eine weittragende Bestätigung. Die Leges kannten keine Immobiliarexekution. In überaus charakteristischer Weise stehen nun aber manche jener Rechte, welche das alte Pfändungsrecht treu bewahrt haben, noch auf demselben Standpunkt. Durchwegs folgen die Schulden eines Erblassers den Mobilien. Noch kommt es vor, dass der Reichtum eines Mannes nach dem Mobiliarbesitz bemessen wird[5]). Solche immobiliar - kollektivistische Erinnerungen beherrschen aber oft auch noch das Exekutionsrecht. Wir finden Statuten, in denen auch nur der Gedanke an die Möglichkeit eines Satisfaktionsverfahrens in die Liegenschaften für Zivilschulden nicht sein Plätzchen findet. So lagen die Verhältnisse in Metz bis in die Mitte des vierzehnten Jahrhunderts hinein[6]), so auch nach der Coutume von Anjou und Touraine[7]).

Andere Rechte greifen freilich auf die Immobilien. Aber in welch unzulänglicher Weise! Wir haben bereits gesehen, dass man bei der Ohnmacht zu einem ordentlichen Exekutions-

[1]) Fleurence l. c.

[2]) a. 1338. Ord. XII S. 48f. art. 4. (Chaumont en Bassigny).

[3]) v. Meibom 96f.

[4]) Tambour 122.

[5]) Viollet, Etablissements I S. 109.

[6]) Prost, L'ordonnance des Maiours. Nouv. Rev. hist. Bd. II S. 313 Bd. IV S. 341. Glasson 608. Esmein 160.

[7]) Viollet cit. I S. 108f. II 148f.

verfahren zu gelangen, gar zur Wüstung schritt[1]). Es musste sich freilich ein anderer Weg, der unter Wahrung der alten Eigentumsverhältnisse möglich war, aufdrängen. Man hielt sich an die Nutzung des schuldnerischen Grundstückes So musste der Gläubiger nach dem Rechte der Bretaigne[2]) die Liegenschaft zur Nutzniessung übernehmen, wobei gesetzlich festgelegt war, dass eine Nutzung von zwölf Jahren eine Schuld vom Werte der Liegenschaft — welcher durch vereidigte Schätzleute gefunden wurde — tilge. Im nördlichen Frankreich besteht die auf die Nutzung beschränkte Exekution noch im vierzehnten Jahrhundert zu Recht, zu schweigen von den pays de nantissement, wo wir diese Regung noch viel später antreffen[3]).

Si faute auoit ou payement, si ne pourroit on vendre l'heritage pour la dette payer, mais bien le pourroit-on mettre en la main du seigneur, pour receuoir les usufruicts d'iceluy la debte verifiee jusques à tant que tant fust receu des usufruicts d'iceluy heritage, que le creancier peut estre satisfaict: autrement ne le peut ne doit faire etc.[4])

Diese exekutorische Verwertung des Niessbrauches findet indessen in den meisten Rechten, die überhaupt von ihr sprechen, doch nur Anklang bei der Behandlung singulärer Fälle, in welchen bestimmte Sachlagen oder das Interesse bestimmter Personen eine derartige Regelung erwünscht erscheinen lassen. Es soll beispielsweise gegen Minderjährige oder gegen Kreuzfahrer oder auch von Seite der Juden gegen die Christen nur in dieser Weise vorgegangen werden können. All die dahin gehörigen Bestimmungen bedürfen hier keiner Darlegung mehr. Sie haben schon des öftern ihre Besprechung gefunden[5]). Zudem

---

[1]) Vergl. noch Priv. d'Eschaalis a. 1356 art. 3. Ord. Bd. IV S. 344. Quod in casu ubi licite bona ipsorum immobilia capi contingeret, ea consumi vel destrui non liceat aut expendi.

[2]) art 296. Vergl. dazu Argentré cit. bei Esmein S. 167 N. 5.

[3]) Vergl. unten Teil II Kap. III.

[4]) Bouteiller tit 25 S. 136.

[5]) Vergl. Franken 106f. Esmein 165f. Dort S. 164 auch das englische Recht, welches bis ins 18. Jahrh. hinein eine andere Exekution in die Immobilien nicht kannte. Glasson VI 608f. Die Annahme, dass die Exekution in die Nutzung die älteste Art des Vorgehens in die Liegenschaften darstelle, wird von Glasson mit Recht zurückgewiesen. Aus den Quellen ist sie sicherlich nicht zu erweisen. Vollends verbietet sie sich, wenn man den Zusammen-

sind sie, wie gesagt, in unsern Quellen fast nur singulärer Natur[1]).

Immerhin zeigen sie, wie die vorgenannten generell gehaltenen Bestimmungen, dass sich hier ein Ausweg bot. Aber es ist eine überaus merkwürdige Erscheinung, dass er nicht in weiterem Umfange betreten wurde. Selbst der Feudalismus, dessen Bedürfnissen er doch zu entsprechen scheint, hat ihn nur eingeschlagen, wenn er sich als eine fast unabweisliche Notwendigkeit erwies[2])[3]). Man hat sich vielmehr unmittelbar an den ethisch und wirtschaftlich nicht zurechtfertigenden Gegensatz geklammert, der darin liegt, dass der Schuldner seine Liegenschaften frei veräussern kann, dass die letztern aber von der Exekution — soweit diese bei den germanisch-volksrechtlichen Elementen stehen geblieben ist, denn nur von diesen

hang des spätern Immobiliarrechts mit der missio in bannum anerkennt. Diese muss dann die ältesten Formen in sich enthalten. Sie ging aber weiter als bloss auf die Nutzung.

[1]) Vergl. jedoch die im III. Kap. des 2. Teils dargestellten Rechte.

[2]) S'il avient que cil qui doit la dete n'ait point d'eritage fors de fief, et cil a qui la dete est dene n'est pas gentius hons qu'il puist fief tenir, et l'en ne trueve pas gentil homme qui acheter le vueille, li souvrains doit delivrer au creancier toutes les issues du fief, dusques a tant que la letre soit aemplie. Beaumanoir 1074.

[3]) Es muss immerhin noch bemerkt werden, dass das Recht sich gelegentlich bis ins 16. Jahrhundert hinein zu halten vermag. So bestimmen die C. de Valenciennes im Jahre 1540 unter der einfachen Voraussetzung: Si un proprietaire ayant enfans de son precedent mariage, estant en necessité s'oblige en quelque pension ou debte par ayuvve deuement passée et recogneue, folgendes: art. 34. Les Eschevins donnent charge ausdit mayeur — — de prendre meubles ou cattel appartenants à l'obligé et les vendre et executer jusques au fournissement de la debte — — et s'il ne treuve biens meubles ou catel, pourra prendre et apprehender le corps de l'obligé et le constituer prisonnier: jusqu'au fournissement. Et s'il ne trouve le corps dudit obligé, pourra prendre et apprehender heritages ou rentes horitiers appartenantes audict obligé — — Et à iceux heritages ou rentes mettre et establir le rentier ou creancier, pour par luy les tenir le terme et espace de trois ans, en payant les charges que y sont dessus: et les entretenant — — à charge d'en rendre compte, et le surplus que pardessus sa debte y aura perceu. Vergl. noch C. de Vallenciennes ch. IX a. 74, 75, 77, 80. ch. XXII a. 156, 158: Et à faute de meubles, ou en cas d'insuffisance d'iceux, les creanciers se pourront traire sur les fruicts et revenus des immeubles acquestes ou autres, dont le debiteur pouvoit disposer etc. Bourdot de Richebourg Bd. II S. 201f. S. 246f

Rechten sprechen wir — nicht erreicht zu werden vermögen. Diesen Gegensatz suchte man zu überwinden, indem man sich die freie Veräusserlichkeit der Güter zu Nutze machte: Wohl waren die Güter dem Zwangsverfahren nicht erreichbar. Aber der Schuldner selbst konnte sie verkaufen und aus dem Erlös konnte — und wenn man erst so weit war: musste — er dann die Gläubiger befriedigen. Auf diesen Effekt suchten die Rechte mit allen Mitteln hinzuwirken.

Zunächst gehen die Quellen davon aus, dass der Schuldner selbst verkaufe. Qui cumque cedens bonis aut qui pro debitis talibus vendiderit fundum suum[1]).

E tots hom que devra deutes a autre es reclama per no poder, aura terme de XL dias per terra vendra si lo a demanda[2]).

Oder sie setzen doch voraus, dass er den Verkauf erlaube, dass er ihm zustimme. Et consentiat quod pro satisfactione facienda, sua bona vendantur[3]).

S'il consend que on preigne par exécucion de ses héritaiges à la valeur de la debte[4])

il convint qu'il en vendist son hiretage pour celui paiier[5]).

Den Schuldner zum Selbstverkauf zu bewegen, oder ihm die Zustimmung zum Verkauf abzuringen — darauf geht nun das heisse Bemühen Die Coutumes stellen sich in den Dienst dieser Bestrebungen. Sie gestatten, dass man den Schuldner zwinge.

Potest domus ejus (sc. debitoris) clavari et postmodum, post X dies potest compelli ad vendendum bona que habet usque ad solutionem rei petitae[6])

voluit dominus rex quod in domanio suo prius compellerentur debitores vendere terram suam quam plegii[7]).

[1]) Arresta a 1286 cit. bei Warnkönig und Stein II S. 131.

[2]) C. de Puymirol en Agenais. a 1286 art 28. N. Rev. hist. Bd. XI a. 1887 S. 303f. Vergl. C de Larroque-Timbaud a. 1270. Rev. hist. Bd. XI a. 1865 S. 83 (§ 91).

[3]) Priv. v. Château-Thierry a. 1301. Ord. Bd. XII. S. 349. art. 11.

[4]) Anjou et Maine E. n. 337 Bd. I S. 598.

[5]) Artois II, 7.

[6]) Perpignan a. 61.

[7]) Ord. a 1261 cit. Olim I S. 520.

Praeceptum est etiam districte omnibus Baillivis, ne corpora Christianorum capiantur pro debito Judaeorum et quod Christiani non cogantur pro hoc ad vendendum hereditates suas[1]).

Que l'on ne puisse vendre de gaige, maison, ne borde, ne prés, ne terre ne autres heritages; mais se aucuns est debtez ou plegiez, li Maires et li quatre Eschevin le doivent contraindre de paier, ou de bailler gaiges, ou prenre ses choses ou son corps, tant que il ait vendu ou fait povoir[2]).

Quant aucuns doit, et il convient qu'il soit justiciés pour paier, l'en doit prendre ses muebles avant que l'en li face grief de l'eritage; car se li mueble pueent soufire, li eritages doit demourer en pes; et s'il ne puet souffire, adonques le puet on contraindre qu'il ait vendu de son eritage etc.[3]).

In aller Form ist also in den Quellen ein Verfahren anerkannt, das nicht Satisfaktionsverfahren ist, sondern den indirekten Zwang, die Willenspression zum Inhalt hat. Die Rechte lassen es an einer genauen Regelung der Zwangsmittel nicht fehlen, die dem Gläubiger zur Seite stehen. Schon die Art dieser Mittel zeigt, dass wirklich scharf zwischen Satisfaktion und Coercition unterschieden wurde. Die Wegnahme von Mobilien führt, soweit sie eben hinreichen, durchwegs zur Befriedigung des Gläubigers, indem sie für ihn Ersatzobjekte abgeben. Die Mittel liegen vielmehr in der Pression auf den Willen der Person — durch die Person. Dies geschieht vielfach durch Dritte, die garnisaires oder gardes. Treffend nennt sie die Sprache der Zeit mangeurs. Der Schuldner hat ihnen Unterhalt zu gewähren, oft auch Unterkunft. Die Kosten und wohl noch mehr die sonstigen Unannehmlichkeiten waren wohl geeignet, den Schuldner nachgiebig zu machen[4]). Doch noch wirksamer ist, ihn selbst seiner Freiheit zu berauben. Häufig begegnen wir in der Tat in den Quellen einer Einsperrung des Schuldners, die nur den Zweck der Willenspression hat.

Non teneatur vel ponatur in prisione clausa, si tantum

[1]) Lettres touchant les Juifs a. 1234 art. 2 Ord. Bd. I S. 55.

[2]) Rouvre a. 1259 art. 3 Ord. IV S. 389.

[3]) Beaumanoir 1593.

[4]) Wir verweisen im Nähern auf die Darstellungen bei Esmein 179f. Glasson II, 615. Tambour 148 f.

de bonis possideat, et consentiat quod — — sua bona vendantur[1]).

Deutors que non podon paguar, als crezedors crestian devon esser lieuratz e'l crezedor non sian destreg de far lur obs — las cauzas devon esser vendudas, per els costregz etc.[2]).

Ni que nuls homs soit tenu en prison pour chose que il doie, s'il habandonne ses biens etc.[3]).

Quant il avra esté tenus quarante jours en prison, se li sires qui le tient voit qu'il ne puist nul conseil metre en la dete, — — et qu'il abandonne le sien, il doit estre delivrés de la prison[4]).

Die Bedeutung dieser Freiheitsberaubung ist eine ganz andere als diejenige des Freiheitsentzuges, wie er etwa auf Grund des Treugelöbnisses stattgefunden hat. Dieser zielte regelmässig ab auf Verwertung der mit der schuldnerischen Person gegebenen wirtschaftlichen Kraft. Die Unterwerfung unter die Macht des Gläubigers allein schon enthielt ein ausgeprägtes Satisfaktionselement. Der Hände Arbeit[5]) lieferten Ersatz und Entschädigung. Von alledem ist in unserm Zwangsverfahren keine Rede. Man will etwas ganz anderes als die Arbeitsleistung des Schuldners. Man will seinen Grund und Boden. Dazu bedarf es aber auch keiner besondern Unterwerfung gerade unter die Herrschaft des Gläubigers. Man findet es praktischer und nicht weniger wirkungsvoll, den Debitor in das öffentliche Gefängnis zu sperren[6]). Die Willenspression wird damit auch erreicht. Auf diese kommt alles an. Die Freiheitsberaubung ist Zwang, nur noch Zwang. Sie ist recht eigentlich was der Name sagt, eine contrainte par corps.

[1]) Chatean-Thierry cit.

[2]) „Durch den Gezwungenen selbst". Alais 1216—1222 a. VII.

[3]) Ord. v. 1256 art. 17, vergl. Viollet I 228.

[4]) Beanmanoir 1539. Mit Recht betont Glasson, was man zuweilen übersehen hat, dass der Schuldner nur frei wird, s'il abandone le sien. VI S. 618, vergl. auch Beaumanoir 1599: Ne li cors de celi qui abandonne ne doit pas estre emprisonnés — —.

[5]) Davon ist in der Personalexekution unserer Zeit nur noch sehr selten eine Verwendung zu finden, vergl. Assises CXIX, S. 91.

[6]) Vergl. Glasson VI, 618. Nur selten noch hält der Gläubiger selbst den Schuldner gefangen. Olim a. 1262 No. VIII, Bd. I S. 539.

Das geht schon daraus hervor, dass die Quellen diese contrainte neben die andere stellen: durch mangeurs.

Quod garnisiones in bonis alicujus debitoris non ponantur, nec obligatorum persone arrestentur pro debitis etc.[1]).

Oft sagen es aber auch die Quellen unzweideutig, dass der Freiheitsentzug[2]) nur eine Repressalie sein soll.

Fo stablit per tots temps que nulhs hom no penheri ni marque a d'autre en camii, ni fora camii, ni en biela, si deutor o fidance o segur no ere[3]).

Die Anwendung von Gewalt gegen die Person selbst wird hier marquer genannt. Und dies marquer hat hier eine spezielle technische Bedeutung. Die „marque“ bedeutet nichts anderes als die „saisie par représaille“, als ein Repressalienverfahren[4]) gegen die Person des Schuldners. Marque wird zunächst das Zwangsverfahren gegen Fremde, bei deren eigenem Gericht man nicht Recht finden kann, genannt.

Si jo me suy tornat une betz, o dues, o tres de augun bayle de borc, o de casteg, et ac pux provar, per jurat o per

[1]) Ord. peur la Seneschaussées de Toulouse a 1303 art. 11 Ord. I S. 397 f.

[2]) Die folgenden Stellen werden geeignet sein, unsere Ansicht zu erhärten, wonach es sich um einen Zwang durch dritte Personen oder durch Freiheitsentzug dem Schuldner gegenüber handelt. Man darf demnach wohl nicht annehmen, wie Esmein S. 169 will, dass die Obligierung in Nisi demselben Zwecke gedient habe, nämlich den Schuldner zum Verkauf der Immobilien zu bewegen. Durch die Obligierung in nisi setzt sich der Schuldner der Gefahr aus im Fall der Nichterfüllung — oben nisi — die Exkommunikation zu erleiden. Damit wird freilich ein Zwang ausgeübt, aber er geht keineswegs speziell nach dem in Frage stehenden Ziel hin. Zudem enthält diese Obligierung ein dem Repressalienverfahren fremdes Pönal- und Satisfaktionselement. Endlich nennt die von Esmein genannte Stelle — Bourges, art. 155, Bourdot de Richebourg Bd. III 896 — selbst noch die Obligierung der Güter.

[3]) Fors de Béarn a. 74.

[4]) Vergl. Du Cange v° Marqua, La Curne de St. Palaye v. c. marque und Gedefroy v. merque. Dazu die Herausgeber der Fors de Béarn S. 32 No. 2 und S. 203 No. 1. Im übrigen begegnet man in den Schriften der neuern Rechtshistoriker u. W. diesem Ausdrucke nirgends. Das ganze Institut bleibt unbenannt und damit mag zusammenhängen, dass es oft genug gegen Personal- und gegen Immobilienexekution hin nicht scharf genug seiner Eigenart entsprechend abgegrenzt wird.

fidance, que jo lo metu, que de qui en arrer en deffaute de justicie, pusc emparer marque[1]).

Les quels habitans n'ayant voulu tenir et payer ledit accorde, le prestre s'en retourna aux Anglois, et fit, par yceulx Anglois marquer, piller et prendre prisonniers les bonnes gens et habitans de ladite paroisse[2]).

Volumus et eisdem concedimus quod in Regno nostro intrare, venire et in eodem morari absque eo quod virtute cujusdem marque vel gagiamenti marque, privilegii vel aliis quibuscumque, valeant arrestari, impediri vel vexari[3]).

Aber die gleiche Bezeichnung wird — in sehr charakteristischer Weise — auch auf das geschilderte Pressionsverfahren gegen einheimische Schuldner angewendet[4]).

Plusieurs personnes porteurs de Lettres obligatoires, que l'on dit estre faites et scellées sous ledit petit scel de Montpellier, se sont efforcées et efforcent de jour en jour, de contraindre et executer rigouresement par maniere de Marque, obschon die Belangten n'aient été ou soient en aucune maniere tenus ou obligés envers iceux porteurs de Lettres, vielmehr wüssten die Betriebenen nicht, wegen welcher causa gegen sie vorgegangen werde. Daher wird bestimmt que doresnavant vous gagés ou contraignés, ou souffrés estre gagés ou contraints comme que ce soit, en corps ou en biens, par Marque ou autrement, par vertu des dites Lettres obligatoires — se eux ou aucuns d'eux ne sont à ce principalemeut obligés ou pleiges des sommes contenues ès dites lettres obligatoires[5]).

Zwei Ziele sind es, die das Marqueverfahren in's

[1]) Morlaas a. 347 und dort S. 203 N. cit.

[2]) La Curne de St. Palaye h. v. a. 1389.

[3]) Priv. acc. aux Juifs a. 1360, Ord. III S. 473 art. 5, ebenso die französische Ausgabe: sans ce qu'ils puissent estre pris, arrestez ou empeschiez par vertu d'aucunne marque, de gaigement de marque etc.

[4]) Dass es sich dabei wesentlich um Freiheitsberaubung handelt, zeigen noch folgende Stellen: ont prins par marque et tiennent en prison, aseurez et estringues, Lettres a 1415 cit. bei Godefroy h. v. eben dort: Monstrelet Chron. Bd. II S. 278: estre empeschies, arestes, ou molestes en quelque maniere que ce soit, pour marque, reprisable entreprise, ne pour quelque debte, obligacion etc. l. c., dort noch Stellen in diesem Sinne aus dem 16. Jahrhundert.

[5]) Lettres v. Charles V a. 1371, Ord. Bd. V S. 384.

Auge fassen kann. Entweder soll der Schuldner gezwungen werden selbst zu verkaufen, oder es soll ihm die Zustimmung zum Verkauf abgerungen werden. Nach beiden Richtungen hin finden wir interessante Ausgestaltungen. Es ist dabei begreiflich, dass das Bestreben dahingeht, das Zwangsverfahren abzukürzen, seine Bedeutung herabzumindern. Der Schuldner soll zum Verkauf gezwungen werden[1]). Die Rechte gehen bald so weit, ihm eine Pflicht aufzuerlegen, auf Grund welcher er sich dem Verkaufe nicht mehr entziehen kann. Die Rechte bestimmen keineswegs, er müsse verkaufen. Es ist merkwürdig, wie fein hier unterschieden wird. Die Liegenschaft ist durch die Exekution gar nicht zu erreichen. Soll der Wert, der in jener liegt, den Gläubigern zu gute kommen, dann ist es eben nötig, den Schuldner in diesem Sinne zu zwingen. Wenn die Rechte nun aber dem Zwangsverfahren abhold sind, es vielleicht auch für unzulänglich erachten, greifen sie zu einem merkwürdigen Ausfluchtmittel: Sie zwingen zum vorneherein den Schuldner, zu wollen. Sie legen ihm nämlich dies als Pflicht auf, indem sie verlangen, dass er den erstrebten Verkauf eidlich verspreche.

Qui non poiria pagar sos dentes de sas causas moblas aia terme de XL dias, si o requer, per vendre heretatz, e jure sobre sans evangelis que dius aquel terme l'aia venduda[2]).

Et doit jurer que il vendra son heritage dedans quarante jours[3]).

Auf Grund dieses Eides anerkennt das Gericht dann freilich, dass der Schuldner verkaufen müsse. Auf einem Umweg ist das Ziel erreicht. Allerdings lässt auch das Schlussglied noch die ganze Entwickelungskette erkennen. Der Schuldner soll verkaufen. Er wird gezwungen, er muss verkaufen, er verkauft — er selbst!

Quand dette est coneue ou provée en court, celui ou ciaus à qui il la deit, quant il eu veulent estre paiés, si devent re-

[1]) Es fehlt freilich nicht an Rechten, die grundsätzlich am Zwangsverfahren festhalten und einfach bestimmen, der Gläubiger zwinge den Schuldner so lange bis der erstrebte Effekt erreicht ist. Vergl. Chateau-Thierry cit., Rouvre cit., Beaumanoir. Siehe oben S. 104.

[2]) Larroque-Timbaud § 91 cit.

[3]) Etablissements l. II ch. XXI. Ed. Ord. Bd. I S. 272.

querre au seignor que il les face paier comme dette concue ou provée en court, et le seignor deit comander à celui qui la dette deit que il les ait paiez dedanz sept jors; et cil dedenz cel terme n'a paié le seignor le deit faire semondre de venir en sa court. — — Se celui dit que il n'a de quei paier celle dette que de son fié, et que il li livre son fié à vendre por le ditte dette paier, lo seignor li deit respondre: Je suis prest de recevoir le se ma court conoist que je faire le dee et faire quanque elle me conoistra. — — Et après le seignor deit le fief recevoir et faire le crier et vendre par l'assise. — — Et au livrer dou fief deit dire le seignor à celui qui a livré sou fié à vendre, se il est present, que il fornist l'assize si come il deist. Et celui ou celle qui vent son fié doit fornir l'assise ensi que il deit jurer — — que il deit celle dette que il conut en la court que il devoit, par quei il livra son fié a vendre — — et que il ne autre pour lui n' a dou sien à covert ne à découvert là ne aillors, dont il puisse celle dette paier, que de la vente de son fié.[1])

Der Schuldner erscheint bier als der Verkäufer. Die Coutumes, die eine derartige Regelung vertreten, sind also grundsätzlich dem germanischen Rechte treu geblieben. Ihr Charakter ist im Grunde genommen immer noch der volksrechtliche.

Wir begegnen nun aber der merkwürdigen Erscheinung, dass auch diese Rechte des Marqueverfahrens in ihrer Mehrzahl ein neues Element in sich aufnehmen. Die Unzulänglichkeit des Repressaliensystems veranlasst sie zu energischerem Vorgehen. Sollte der Schuldner sich wirklich weigern selbst zu verkaufen — dann verkauft das Gericht.

quicumque . . confessus fuerit in judicio, vel convictus legitime aut etiam condempnatus personali actione, et non habeat bona mobilia, et hoc tenetur jurare[2]), de quibus possit satisfacere

---

[1]) Assises d. 185. Bd. I S. 189 fg.

[2]) Der Schuldner kann doch unmöglich wünschen, dass man eher in seine Liegenschaften als in seine Fahrhabe exequiere. Dieses Misstrauen gegen einen mit Grundstücken begüterten Schuldner und dieser Eid ist also doch wohl nur aus der volksrechtlichen Auffassung heraus zu erklären, dass in die Immobilien nicht exequiert werde. Da dies nunmehr doch der Fall ist, hat der Eid immer noch den Sinn, dass er kundtut, man habe alles versucht, was geeignet erscheint, die liegenden Güter vor jeder Störung zu

creditori quadraginta dierum pro terra, sive bonis immobilibus vendendis gaudeat judiciis, et nisi infra dictum tempus debitum solverit, aut bona sua immobilia non vendiderit, consules de L. ex tunc ea vendant modo et forma quibus consules civitatis Agenensis facere consueverint[1]).

Il doit faire la loi dou païs qu'il paiera au plus tost qu'il porra, et jurer sor sainz qu'il n'avra de coi paier ne en tout ne en partie, et au plus tot qu'il venra à plus grant fortune qu'il paiera; et doit jurer qu'il vandra dedanz XL jorz son heritage, se il l'a et se il ne le faisoit, li deteres[2]) le vandroit et li feroit otroier la vante selonc l'usage de la cort laie[3]).

Et s'il a heritage, il avra licence de quarante jorz de vendre; et s'il n'a vendu dedanz ce, et ne se soit paiez, la jotize vendra, ou ele contraindra à vendre[4]).

Et quand les gardes avront esté seur le detour quarante jours, s'il n'a fet gré dedens les quarante jors, li souverains li doit commander qu'il vende dedens les quarante jours[5]) S'il ne veut, li souverains doit vendre et despendre ou baillier au deteur par pris de bones gens[6]).

Doch wir haben gesehen, dass die Zwangsmassnahmen keineswegs immer darauf abzielen, den Schuldner zum Verkauf

bewahren, sie, wie Beaumanoir sagt, in Frieden und Ruhe zu lassen. Dies erscheint oben immer noch als das wünschenswerteste. Vgl. auch C. de Puymirol l. cit.

[1]) C. de Lamontjoye a 1298. Rev. hist. de dr. fr. et étr. a 1865 Bd. XI S. 440. vergl. Montpellier a. 1204 art. 36. wonach auch ab ipsis coactis verkauft wird, sin autem de curia, ferner Arresta a. 1286. Warnkönig und Stein II S. 131.

[2]) Gläubiger.

[3]) Etablissements l. II d. 22 Viollet II 411 fg.

[4]) Mit merklichem Schwanken. Der Schuldner soll verkaufen. Die andere Massnahme begegnet einem gewissen Misstrauen. livre de Jostice et de Plet. cit. bei Viollet a. a. Ort., vergl. zu diesem Zögern vor allem noch Esmein 171.

[5]) Was in der Gesamtentwicklung auf einander folgte, findet sich hier nebeneinander. Zuerst die mangeurs vierzig Tage lang. Nachher der Befehl mit wiederum vierzig Tagen Frist.

[6]) Beaumanoir 1074 vergl. 1326 in bezug auf den Bürgen: s'il a heritage, on li doit commander qu'il le vende dedens quarante jours; et s' il ne veut, la justice doit vendre et aquiter sa plegerie ou sa doterie.

durch die eigene Hand zu bewegen. Oft will man nichts anderes erzwingen als die Zustimmung zum Verkauf. Versagen die Zwangsmittel nicht, ist die Zustimmung erfolgt, dann — aber auch nur dann[1]) — erfolgt wiederum gerichtlicher Verkauf.

Il convint qu'il eu vendist son hiretage pour celui paiier, et fu vendus en la main le roy, et cieus paiiés par le sergens dou roy[2]).

Der exekutorisch-gerichtliche Verkauf der Liegenschaften! Das ist natürlich nichts volksrechtliches mehr, nichts, das sich schon in den leges barbarorum fände. Die Coutumes, die ihn approbieren entfernen sich vielmehr von dieser Grundlage, nehmen weittragende neue Elemente in sich auf, Elemente, die dem fränkischen Amtsrechte angehören[3]). Allerdings können auch diese ihrem Ursprunge nach bis tief in's germanische Altertum zurück verfolgt werden. Es ist in seiner Art wohl eine der grossartigsten Perspektiven, die uns da die neuere und neueste Germanistik enthüllt hat: von dem urgermanischen Institut der Friedlosigkeit hin zu einer ihrer mannigfaltigen Abspaltungen, zur königlichen missio in bannum und von da weiter zum Immobiliarexekutionsrecht des jüngeren Mittelalters und zur sog. jüngeren Satzung bis hin zum modernen französischen Grundpfandrecht[4]). Wir müssen mit unserer Betrachtung bei den spätern Gliedern dieser langen Kette einsetzen, zunächst beim mittelalterlichen Zwangsverfahren. Und auch in Hinsicht auf dieses ist nur auf jene Eigentümlichkeiten hinzuweisen, welche dieses neuere Exekutionsrecht als den unmittelbaren Abkömmling der missio in bannum des fränkischen Rechtes charakterisieren. Da ist es denn schon bezeichnend, dass die

---

[1]) Es sei dies hier schon betont. Wo der freiwillige Verkauf angestrebt wird, geht man schliesslich doch radikal über dies Ziel hinaus. Wo die Zustimmung zu erkämpfen versucht wird ist dies anders.

[2]) Artois II, 6 vergl. Grand. Coutumier N. 337. S. 598.

[3]) Brunner Grundzüge S 32, 52, 73 fg., 89 Sohm, fränk. Recht und röm. Recht, S.-A. S. 9 153 fg.; ders. deutsche Reichs- und Gerichtsverfassung S. 102 fg. insb. 117 fg. v. Meibom S. 90, S. 97 fg. Franken 205.

[4]) Brunner, Abspaltungen der Friedlosigkeit. Z. f. R. G. Germ. Abt. XI S. 84 fg. Dass wir dabei vom heutigen Pfandrecht nur in seiner französischen Form sprechen, liegt nicht nur daran, dass in dieser Abhandlung ausschliesslich dieses betrachtet wird, sondern entspringt materiellen Erwägungen, die im II. Teil zu nennen sein werden.

Quellen die Exekution in die Immobilien um Schuld neben die Konfiskation wegen Delikt stellen. Diese Verfahren erscheinen immer noch als in Wesen und Ursprung dieselben.

Quod manus appositio, saisina vel sequestratio, in bonis dictorum nostrorum subditorum — — in casibus civilibus fieri non possit nec debeat quovis modo, nisi in casibus a jure expressatis. In casibus vero criminalibus et in debitis fiscalibus procedatur prout est de jure et ratione faciendum[1]).

Quod nullus serviens poterit aliquem arrestare, seu super bonis alicujus bannum apponere vel sigillare pro causis civilibus, nisi judicato praecedente vel instrumento publico[2]).

Quod non possint pignora pignorari, nec bannum in rebus eorum apponi, nec ostia domorum suarum claudi[3]), nisi prius citati vel moniti fuerint, vel nisi pro re judicata vel contumacia[4]), vel nisi praefixus dies solutionis canon. sit elapsus, nisi in casibus in quibus bona et res eorum nobis debeant esse incursa et commissa de consuetudine vel de jure[5]).

---

[1]) Lettres de Charles V a. 1365 Ord. Bd. V S 57.

[2]) Bergerac N. VI, IX, XXV.

[3]) Zum Unterschied vom Anshängen. Dies letztere finden wir noch im Recht von Perpignan art. LIII: Et si no li paga lo cens, lo senyor li pot trer (extrahere) les portes de la casa, sens pena. Auch hier liegt wie in den früher zitierten Stellen ein pönales Element vor. Es handelt sich um den letzten Überrest der Wüstung Das Verschliessen hingegen scheint eine Form der Bannlegung gewesen zu sein. Vergl. Perpignan LXI: Si aquel de qni alcun se clama dalcuna quantitat de moneda, no vol fermar dret, la casa sua pot esser clavada; et apres deu dies pot esser forçat de vendre los bens que aqni ha, fins a quantitat del dente demanat et del dret que deu haver lo balle per raho de justicia etc. Dass es sich dabei darum handelt, ein unzweideutiges Zeichen für den Bann — und nichts weiter — zu gewinnen, beweist art LVIII: Si la porta de alcun sera clavada per deute o altre raho, legut es a aquel qui hi habita, entrar per altra part en la casa clavada sens alcuna pena, pus la clavadura romangna entiera e no tochada. Zur Hintertür dürfen die Bewohner immer noch ein- und ausgehen. Das wird ihnen ausdrücklich erlaubt, nur müssen sie die geschlossenen Türen unangetastet lassen. Um dieses Zeichen der Bannlegung handelt es sich auch in unserer Stelle.

[4]) Es ist charakteristisch, dass die Contumacia noch besonders genannt ist, vergl. übrigens Plank II S. 157.

[5]) Priv. de Lunas a 1312 art 27 Ord. XII S. 400. Priv. et Cont. de Salmerauges en Auvergne a. 1331 art 20 Ord. XII, 518.

Diese Stellen verraten bereits, worin die Bannlegung besteht. Im Kriminalverfahren heisst es unzählige Mal: li heritage seront arresté et tenu en la main de la Justice. Nicht anders verhält es sich mit der Immobiliarexekution. Die Frohnung besteht regelmässig nicht bloss in dem an den Schuldner gerichteten Veräusserungsverbot, in der Entziehung der Verfügung[1]). Denn nur selten begnügt sich ein Recht damit, dass der Frohnbote im Grundstück, das gefrohnt wird, eine Scholle Erde aushebt, und sie vor Gericht trägt[2]). Auch dass nun die Türen verschlossen oder versiegelt werden, der Schuldner übrigens auf der Liegenschaft bleibt, ist eine ziemlich selten anzutreffende Regelung[3]). Dagegen wird, um diese Formen der Frohnung gleich hier noch zu nennen, sehr häufig ein Strohwisch oder ein Banner auf dem betroffenen Gute aufgesteckt. Der Strohwisch heisst brandon, weshalb das Frohnen denn auch brandonner genannt wird.

Les mettre en sa main, brandonner et empescher et y faire mettre et apposer la main du Roy[4]). An Stelle des Banners treten königliche Wappenschilder, pannonceau royal, pannonceaux aux armes du Roy[5]). Oder man steckt ein Kreuz auf[6]) und löscht das Feuer im Herde aus[7]).

[1]) Plank II, 254.

[2]) C. de Châtillon 1371 art 72.

[3]) Vergl. vorige Seite Note 3 und oben S. 97. Immerhin findet sie sich noch i. J. 1509 in den C. d'Orléans: art 105; empescher et obstacler l'heritage .. si c'est maison par obstacle et barreau mis ès huys Et si c'est en terre labourable ou vigne, par brandon mis ès fruits, vergl. art 115. Hingegen häufig kann noch spät der Grundherr für seine rückständigen Abgaben dem Bewohner eines Hauses nicht nur Eintritt in's Haus verwehren, sondern auch diesem letzteren Tür und Fenster aushängen. Melun, a. C. de 1506 art 132 s'on ne la paye, iceluy seigneur censier peult dependre ou faire despendre les portes, huys ou fenestres des lieux redevables andit cens et les mettre au travers de l'entrée ou huys d'iceluy lieu. Et depuis ce ne peult le detenteur entrer en iceluy heritage jusqu'à ce qu'il ait payé ledit cens., vergl. C. de Nivernais 1534, B. d. R. III S. 1123.

[4]) Chartes 1508 art 32, Dreux art 23, 42, B. d. R. III 703 fg., 718 fg.

[5]) Vergl. Poitou tit 20, an 436, B. d. R. IV S. 816 und überhaupt ausführlich über diese Formen Loyseau III, 1, 24 fg. Er führt sie zurück auf die — griechischen Oroi und spricht sein Bedauern darüber aus, dass diese Formen in Frankreich nicht auch für das vertragliche Grundpfandrecht Anwendung finden. Basnage S. 7.

[6]) Lettres von Karl VII 1441 Ord. XIII S. 339 fg. art 5, Loyseau III, 1, 31.

[7]) Loyseau l. c.

Doch man begnügt sich, wie gesagt, nicht mit der Verkündigung des Verbotes und mit der äusseren Manifestierung des Bannes in der dargestellten Weise, vielmehr führt die Frohnung auch zum Entzug des Besitzes, zur Ausweisung aus der Gewere.

Dicta castra et terras cum pertinenciis debere esse in manu nostra quousque satisfactum sit creditoribus etc.[1]) injunctum fuit ei a curia quod litteras . . quas dicti burgenses habent super obligacione predicta teneri faciat, et si super hoc fuerit in defectu, senescallus Petragorciensis mandatum habuit, ut susper hoc manus apponat[2]). Cum dominus Rex in manu sua capi fecerint omnes hereditates que fuerant J. de A. D. pro debito in quo dictus J. tenebatur[3]).

Vor allem aber folgendes königliche Schreiben:

petitio fidelium subjectorum nostris Delph. auribus nostris insonuit querelosa, quod subditi nostri praedicti, plena damna fuerunt passi et sustenti et omni die sustinebant et patiebantur, ex eo quod Gubernator . . Baillivi, Judices, Procuratores, Commisarii . . ipsis subditis non vocatis, nec in eorum juribus auditis, de facto bona ipsorum subditorum, per manus appositionem, sequestrationem seu saisinam, capiebant, occupabant, capi et occupari mandabant, ipsos expoliando à possessione seu tenuta eorundem; deinde fructus bonornm capiebant; quandoque in nostros interdum in usus suos convertendo, bonis dimissis incultis . . Darüber wird Klage geführt. Noch werden dann weiter die Schuldner bonis denutati genannt, sine causae cognitione sua possessione privandus. Die Klage aber gilt nur dem Vorgehen ohne Titel. Die nachher genannte via ordinaria wird bezeichnet wie oben als eine manus apositio, saisina vel sequestratio[4]).

So weit es sich um das Strafverfahren handelt, finden es unsere Quellen immer noch nötig, ausdrücklich zu bestimmen, dass aus dem eingezogenen Vermögen die Gläubiger befriedigt werden. Denn omnia bona sua in voluntate vicecomitis sunt[5]). Si bona ali-

[1]) Olim a. 1294 N. 4 Bd. II S. 371.

[2]) Olim a. 1278 N. 54 Bd. II S. 124.

[3]) Olim a. 1286 N. 3 Bd. II S. 253.

[4]) Lettres de Charles V cit. oben S. 112 N. 1.

[5]) Martel a. 5.

cujus habitatoris dictae villae venerint in commissum, de bonis praedictis, si sufficiant, ejus creditoribus satisfaciat, et Nobis residuum applicetur[1]). Si bona alicujus nobis veniant in commissum, quod debita sua et dos uxoris, si quam habent, reddantur creditoribus et uxori[2]). Davon ist bei der Bannlegung um Schuld begreiflicherweise keine Rede mehr. Es handelt sich um ein ordentliches Exekutionsverfahren, das angehoben wird um dem Gläubiger Satisfaktion und Genugtuung zu verschaffen. Deshalb ist denn auch der Bann zunächst nur ein provisorischer. Ja derselbe erscheint vielfach schon so verflüchtigt, dass auch jetzt noch der Schuldner selbst verkaufen kann und ihm infolge der Saisie nur auferlegt ist, die betreibenden Gläubiger aus dem Erlös zu befriedigen. Nach Beaumanoir wird das Grundstück gefrohnt und werden gleichzeitig die Mangeurs auf dasselbe gesetzt. Und nachher folgt, wie wir gesehen haben, noch geradezu — trotz der Saisie — die Aufforderung selbst zu verkaufen.

Li sires le justicera par gardes et par tenir l'eritage saisi. Et quant les gardes avront esté seur le deteur quarante jours, s'il n'a fet gré dedans les quarante jors, li souverains li doit commander qu'il vende dedans les quarante jours. Und unmittelbar darauf heisst es S'il ne veut, li souverains doit vendre etc.[3]). Hier handelt es sich freilich um das Repressalienverfahren, wo allerdings der Bann sich nur in dieser schwachen und schüchternen Weise bekundet. Sonst ist überall nur die Rede von einem Lösen und einer Rücknahme des Grundstückes gegen Zahlung der Schuld und der Kosten, bei vorgeschrittenerem Stadium auch von einem racheter. Dies aber ist dem Schuldner fast überall möglich bis zum letzten Akt des zweiten Teils, des Verwertungsverfahrens. Der Bann wird also ein definitiver bloss noch in dem Augenblick, in welchem er bereits wieder, durch Übergang in einen neuen Rechtszustand sein Ende findet.

Mettre en la main du seigneur les heritages . . et le sergent doit signifier en l'Eglise que s'il est aucun qui vueille achepter tel heritage, vienne par deuers luy, et il le vendra

[1]) Peyriuse art 31. Tournay art 26, a. 1307 Ord. XII S. 370.

[2]) Ord. 1303, Bd. I S. 344 fg. art. 11 vergl. Ord. pour la seneschaussées etc. de Toulouse a. 1303 l. c. S. 397 fg. art. 30

[3]) Beaumanoir 1074.

par execution et par renchere, et volontiers receu sa denier à Dieu, et ce faict encore doit venir au detteur, et luy signifier comment il a receu denier à Dieu pour tel prix de son heritage et que si achepter ne le veut pour tel prix, il procedera auant comme il appartiendra. Car s'il vouloit lors r'achepter son heritage, encore le pourroit il faire pour le pris, ou pour payer la dette auec les despens. Et si r'achepter ne le veut, le sergent doit proceder à vente et subhastations. Das geschieht. Es erfolgen die dreimal stattzuhabenden criées, während welchen das Gericht neue Zahlungsangebote entgegennimmt. Les trois criées . . passées l'executeur de rechef doit venir au detteur luy sommer et luy dire, i'ay vendu et subhasté vostre heritage pour tel prix, sur toutes r'encheres et criées passées, encore vous somme, si r'acheter le voulez, pour tel prix, faire le pouuez. Si non, ie vous insinuë que ie procederay auant en ma vente, à faire bailler decret à l'achepteur[1]).

Und ähnlich das Recht von Anjou:

L'executeur doit faire par proudez hommes jurez apreciez des heritiers obligez ou contenuz en la sentence jouequez à la quantité de la debte; et puis doibt faire crier et bannir en marchié ou en eglise par troys foiz, c'est assavoir de huitaine, quinzaine et de quarantaine que qui plus vouldra la chose achapter si viengne avant; et à celuy qui plus en vouldra donner la chouse doit estre baillée, si celuy pour qui la chouse a esté vendue ne la veult avoir par le plus grand pris. Et si nul ne venoit avant pour plus en donner, si demourra la chose à celuy pour qui elle e esté prisée par le pris juré. Et si celuy à qui la chouse estoit vouloit paier le pris de la debte et les autres loyaulx mises, encores luy demourroit la chouse. Andernfalls folgt sofort der Zuschlag[2]).

Diese Stellen geben uns auch schon Aufschluss über den Verlauf und das Ziel des Verfahrens. Regelmässig wird versucht, das Grundstück zu verkaufen und aus dem Erlös den Gläubiger zu befriedigen. Erst in zweiter Linie kommt die Übereignung an den Gläubiger in Frage. Sie soll vorgenommen werden, wenn sie sich im Einzelfall dem Verkauf

[1]) Bouteiller l. I, tit. 69 S. 409 fg.

[2]) Anjou K. chap. 37.

gegenüber als vorteilhafter erweist. So schon oben das Recht von Anjou. Ebenso:

Si fiant opposiciones adversus dictas execuciones, per aliquos jus se habere pretendas in bonis in qnibus fiet execucio, Judex dicti Sigilli et nullns alins, dnmtaxat de his cognoscet et cognoscere consuevit et si utrumque debitum sit pecuniarium, fit execucio et vendicio bonornm et post sit cognicio de prenotatis, quo cognito, pecunia juxta cognicionem dicti Judicis — — expedietur, levatis primitus expensis processus prioritatis hujus modi et execucionis, nisi Judex cognoverit evidenter Partes (Partibus) creditorum expedire bona debere tradi ad extimam proborum virorum — —[1]).

Doch finden sich häufig auch Abwickelungen, die etwa dem sächsischen Verfahren für ein dem Richter geschuldetes Gewedde oder dem fränkischen Zusatz- oder Einwerungsverfahren entsprechen. Beaumanoir spricht immer auch von der Übereignung, wenn er den gerichtlichen Verkauf nennt. Man soll die Liegenschaften vendre ou les bailler aux créanciers und diese Übereignung findet bei ihm den Vorzug[2]). Andere Rechte[3]) sprechen nur von dieser Verwertungsweise. Und es ist eine interessante Erscheinung, auf die Esmein[4]) aufmerksam macht, dass diejenigen Rechte, welche zu Beginn unserer Periode einen Zugriff nur auf die Nutznng gestatten, zuerst, wenn in die Liegenschaften selbst exequiert werden kann, gerade nur die Übereignung zulassen.

Dieses Verfahren also ist es, das zur Durchführung gelangt, wenn der Schuldner auf Grund des Repressalienverfahrens oder vielleicht diesem vorbengend vorher schon die Erlaubnis zum Verkaufe erteilt oder wenn das Repressalienverfahren, das auf Eigenverkauf durch den Schuldner abzielte,

---

[1]) Weitere Belege siehe bei Tambour 138 f. Obige Stelle — Regl. de la Jurisdiction du Sceau de Montpellier a. 1345 Ord. VIII S. 350 f. art. 16 — führen wir an, weil sie deutlich macht, dass wirklich der Richter der Verkäufer ist. v. Meibom 126 f. Esmein 173. Nur gelegentlich erscheint, wie in Riom art. 35. Ord. XI S. 494 cit. bei Tambour S. 137 der Rat als Verkäufer.

[2]) LIV, 6. Vergl. Esmein 175, wo weitere Belege. Tambour 142 f.

[3]) Vergl. N. 2

[4]) l. c.

erfolglos blieb und das Recht für diesen Fall über den Schuldner hinweggehend bestimmte, dass doch verkauft werden solle. Dazu treten nun aber noch andere, bisher nicht erörterte Fälle. Sie alle aber stellen uns vor die Aufgabe, der wir hier nunmehr noch näher zu treten haben, das Verhältnis zu fixieren zwischen der auf das Tatsächliche hin nunmehr dargestellten Execution und der „persönlichen Obligation." Führt diese letztere zur Vollstreckung in die Immobilien, sind die letzteren in der mittelalterlichen Haftung der Person enthalten? Die Quellen kennen folgende Auffassungen:

1. Der Inhalt der „persönlichen Haftung" erstreckt sich eo ipso auf die Immobilien des Haftenden. Es ist selbstverständlich, eine Rechtsnotwendigkeit, dass, wie auf die Mobilien, so auch auf die Immobilien gegriffen werden kann. Diesen vollen, weiten Inhalt hat die sog. „persönliche Haftung" ohne weiteres, wenn sie in Hinsicht auf Fiskalschulden begründet wurde. Darauf deuten schon die früher zitierten Lettres hin, in welchen des genauern die Voraussetzungen der Bannlegung der Güter wegen Zivilschulden geregelt und dann fortgefahren wird[1]): in casibus civilibus fieri non possit nec debeat quovis modo, nisi in casibus a jure expressatis. In casibus vero criminalibus et in debitis fiscalibus procedatur prout est de jure et ratione faciendum. Und dass diese Auslegung richtig ist, beweisen Stellen wie die folgenden:

yceus et chascun d'eulx, leurs hoirs, pleiges et biens tenans, contraingnez ou faites contraindre vigueureusement sans deport, à vous paier tout ce qu'il nous devront, par prise de corps, explectacion et vendicion de biens, meubles et heritaiges et autrement, si comme il est accoustumé à faire pour nos propres debtes; en baillant ou faisant bailler Decret des heritaiges que vous vendrez ou ferez vendrez, si comme de raison sera etc.[2]).

Aber vielerorts ist auch für die nichtprivilegierten Schulden die Haftung, sobald sie nur begründet wird, eine derartig weitgehende. Allerdings treffen wir zuweilen auch hier wieder die

[1]) Lettres v. Charles V. a. 1367.

[2]) Lettres royales a. 1380 Ord. Bd. VI S. 694 Vergl. Lettres a. 1377 Bd. VI S 272.

Erscheinung, dass immerhin eine besondere Form der Begründung der Haftung verlangt wird, wie wir dies ganz analog für die Obligierung des Körpers bereits gesehen haben. Aber wenn nur diese Form gewahrt ist, dann erscheint die Liegenschaft des Schuldners eo ipso in die Haftung mit einbezogen. So ist wohl[1]) schon folgende Stelle aufzufassen.

— — licet saisina hereditagii tradita esset cuidam creditori ratione cujusdam obligationis unius debiti per litteras regis etc.[2]). Und wie mir dem Wortlaute nach scheint, sicherlich folgende Bestimmung:

Se aucun est obligé par lettres du Chastellet, il faut prendre une commission exécutoire et par vertu d'icelle, et en deffault de meubles, prendre ses héritaiges et mettre en la main du roy etc.[3]).

Ferner: Quod non possint bannum in rebus eorum apponi — — nisi prius citati vel moniti fuerint, vel nisi pro se judicata vel contumacia etc.[4]).

Eine bestimmte Form der Obligierung ist in diesem Quellenausspruch bereits nicht mehr vorgesehen. Und es gibt denn in der Tat eine Anzahl Rechte, welche dergestalt ganz allgemein den Zugriff auf die Liegenschaft zulassen.

Qualiter debitor satisfaciat de bonis suis creditori. Item statuimus quod quilibet debitor de bonis suis satisfaciat suo creditori secundum extimationem extimatorum[5]).

---

[1]) Die eine und andere Stelle kann darum nicht — wenigstens nicht für sich allein — beweiskräftig sein, weil, wenn sie bloss von der Haftung sprechen, noch nicht ausgeschlossen ist, dass in der „Obligation" die Liegenschaften ausdrücklich genannt wurden.

[2]) Arresta. a. 1277. Warnkönig und Stein, Urkundenbuch II S. 123.

[3]) Grand Coutumier S. 223 f.

[4]) Lunas art. 27 cit. Gerade darum wird vielleicht die Contumacia besonders genannt. Vergl. Plank II S. 257. Dort wird darauf hingewiesen, dass im Falle der Landesabwesenheit des Schuldners auf Grund einer Anweisung des Rates auf das Erbe gegriffen werden kann, to liker wis ofte it enre set sy, obschon dies also offenbar nicht geschehen war. Ebenso wird der Gläubiger im Falle ausbleibender Zahlung vom Rat an das Erbe des Schuldners gewiesen, wenn die Schuld vor dem ganzen Rat bekannt und in das städtische Schuldbuch geschrieben wurde. Also: Haftung mit der Liegenschaft eo ipso aus bestimmten Formen der Obligierung. Vergl. noch Bergerac art. 6.

[5]) Arles a. 9.

Si vous trouves le corps dou debteur, si l'arriestes. Se vous ne trouves le corps, si arriestes ses meubles cateuls. Se vous ne trouves meubles cateuls, si mettes main a ses heritages. — Se on ne trueve le cors dou debteur ne ses meubles cateuls, et il ait yretage que eschevin aient à jugier, et chius cui on a portet s'aiuwe et son ensignement fait, ... on le doit mettre, li prevos ou li justiche, en l' yretage de chelui comme en son wage[1]).

Wie wir wissen, war ursprünglich die Execution in die Immobilien ausgeschlossen. Jetzt erscheint sie — zunächst allerdings nur in relativ wenigen Rechten — als ein unmittelbarer Ausfluss der Haftung. Diese hat sich also inhaltlich erweitert, hat ihr ursprünglich fremde Momente assimiliert. Im ancien droit vollzieht sich nun aber noch ein derartiger Assimilierungsprozess nur in ganz besonders merkwürdigen Formen vor unsern Augen.

2. Der Gläubiger kann in die schuldnerische Fahrhabe exequiren. Diese haftet ihm. Aber er hat keineswegs ein Recht, auf die schuldnerischen Immobilien zu greifen. So weit reicht die gemeine Haftung grundsätzlich nicht. Andererseits lassen diese Exequierbarkeit Erwägungen verschiedenster Natur für wünschenswert erscheinen. Und die Rechte schaffen sich den merkwürdigen Ausweg des Repressalienverfahrens. Der Entzug der Freiheit des Schuldners erhält den Charakter einer Repressalie. Und dem Gläubiger soll es zustehen, Mangeurs auf die schuldnerischen Liegenschaften zu setzen resp. setzen zu lassen. Aus ihrer Machtfülle heraus bestimmen die Gesetze so. Denn nirgends ist davon zu lesen, dass sich der Schuldner etwa dahin verhafte, die gardes zu dulden — eine zum vorneherein unmögliche Annahme, wenn man an die erst noch zu besprechende Satzung der Immobilien denkt. Das Gesetz schafft also — eine interessante legislativpolitische Tat, welche ebenso sehr die Unnahbarkeit des Immobilienbesitzes als die Herrschaft des Prinzipes nicht gesetzlicher sondern selbsttätiger Herstellung der Haftung durch den Schuldner, dartut — ein Coercitionsverfahren. Der Schuldner soll, da man in der Exekution aus der gemeinen Haftung nicht auf die Liegenschaft

[1]) Livre Roisin P. 48, 49.

greifen kann, diese eigenhändig verkaufen. Wir haben bereits darauf hingewiesen, wie die Rechte nur sehr allmählich wagten, sich über diese Anschauungen hinwegzusetzen. Es kommt wohl gar vor, dass sie neue Grundsätze aufnehmen, von denen man glauben möchte, sie wären in Anbetracht der Unzulänglichkeit des Marqueverfahrens gierig aufgegriffen worden — aber, die Rechte wagen nicht einmal, ihnen in ihren notwendigen Konsequenzen Folge zu leisten. So wird nach der Coutume des Châtillon[1]) das Grundstück gefrohnt. Das Verwertungsverfahren beginnt und zwar sieht es in den verschiedenen Stadien den Verkauf als Endziel vor. Doch noch nach den criées muss die Einwilligung des Schuldners geholt werden, und bleibt sie aus, dann ist von Verkauf keine Rede mehr und der Richter kann nur louer le vendaige et bailler décret et confirmation d'iceluy et les deniers du prix tourner et convertir en la solution du débiteur.

Doch schliesslich kommen die Rechte trotz der Bedenken dazu, die Liegenschaft anzugreifen, wenn das Marqueverfahren versagt und der Schuldner sich nicht entschliesst, selbst zu verkaufen. Wir sehen, wie zögernd dieser Schritt in den Assises de Jérusalem vollzogen wird:

Se il avient que celui qui a livré son fié à vendre par l'assise por dette coneue ou provée en court, se destorne de venir en la court fournir l'assise, ou se il est en la court et il ne viaut le sairement avant dit faire à l'assize fornir, por tant ne me semble il mie qu'il dee demorer d'estre le fié vendu — — car il i a preupre assise[2]) que fié se peut vendre por dette coneue ou provée en court, se celui qui la coneist ou vers qui on la preuve n'a autre chose de quoi paier la que la vente de son fié — — que se ensi n'estoit — — fié ne seroit jamais vendu por dette se celui de qui le fié est ne le voleit; que nul ne le poreit faire livre son fié à vendre, ce il ne voleit, et ce il l'avoit livré ne le poreit autrui esforcier de faire ledit sairement . . . laquelle chose sereit contre la devant dite assise[3]).

Energischer ist Beaumanoir. Er denkt schlecht vom Marqueverfahren und bekämpft es, wo er kann. Man

[1]) 1371. art. 72. Vgl. Tambour 137.

[2]) coutume.

[3]) Livre de Jean d'Ibelin ch. 185.

soll allerdings den Schuldner zwingen, und man soll ihm commander[1]), selbst zu verkaufen; aber der Zwang insbesondere durch Mangeurs darf nur eine beschränkte Zeit — vierzig Tage — dauern. Nachher aber gestattet Beaumanoir, im Vergleich zu der eben zitierten Quelle und zu andern Schriftstellern geradezu skrupellos den Verkauf (resp. die Übereignung) der Liegenschaft. Ne on ne doit pas les biens apeticier par gardes ne par mangeurs, mais delivrer as creanciers au coust des cozes etc. Damit aber stehen wir vor dem beachtenswerten Phänomen, dass in die Liegenschaften exequiert wird, obschon dieselben nicht obligiert sind. Dass dies letztere nicht der Fall, erscheint unzweifelhaft. Darauf eben beruht das Marqueverfahren, welches diese Rechte auszeichnet. Zudem aber sagt dies noch ausdrücklich Beaumanoir:

Et se l'en ne trueve ne muebles ne chateus que fera l'en? Se l'eritages est obligiés es letres l'en le demenra selonc l'obligacion. **Et s'il n'est pas obligiés,** li sires le justicera par pardes et par tenir l'eritage saisi[2]). Und dieser Fall: s'il n'est pas obligiés endigt mit der Aufforderung: li souvrains doit vendre et despendre, ou bailler au detour![3]).

Der Ausgangspunkt dieser Rechte des Marque-Verfahrens ist von demjenigen der sub 1) genannten Rechte grundverschieden. Der Effekt aber ist, wenn anders die Coutumes der zweiten Klasse den eben charakterisierten, entscheidenden und entschiedenen Schritt wagen, der nämliche. Allerdings ist nunmehr die Liegenschaft auch in den Bereich der gemeinen Haftung einbezogen und zwar auch dergestalt, dass eo ipso mit dieser gemeinen Haftung die Möglichkeit gegeben ist, nötigenfalls auf die Liegenschaften zu greifen. Aber der grosse Unterschied liegt darin, dass nach dem Rechtsbewusstsein der sub 1) genannten Rechte die Möglichkeit sich — wenigstens subsidiär — an die Immobilien zu halten, unmittelbar und rechtsnotwendig aus der einmal begründeten oder überhaupt gegebenen Haftung hervorgeht, während nach der Auffassung der Rechte,

[1]) 1074, 1326, 1593, 1602.

[2]) 1074.

[3]) l. c. Vgl. oben N. 1.

die wir an zweiter Stelle genannt hahen, davon keine Rede sein kann. In diesen Rechten wird vielmehr in die Liegenschaften exequiert, trotzdem aus dem Akt der Obligierung sich ein solches Recht nicht ergibt. Nicht der Schuldner, sondern das Gesetz gibt dem Gläuhiger ein solches Recht, allerdings nur, weil es eine solche Ergänzung des Haftungsinhaltes für unahweislich nötig erachtet. Aber es steckt darin doch der Bruch mit einem sonst unbeschränkt herrschenden Prinzip. Die Obligierung bedeutet Einräumung einer Macht. Diese Einräumung muss der Schuldner selbst, resp. derjenige, der für ihn haften will, vornehmen. Aus dieser Notwendigkeit heraus hat sich der Formalismus, so weit er hier in Betracht fällt, gebildet. Aus dieser Notwendigkeit heraus erklärt sich wenigstens zn einem Teil die Erscheinung, dass nnsere Qnellen nicht müde werden, überall, wo eine vertragliche Haftung in Frage steht, anzugeben, wie weit sie inhaltlich reicht. Auf dem weiten Umweg des Repressalienverfahrens aber gelangen die Rechte zu einer gesetzlichen Haftung in dem Sinne, dass eine einmal vorhandene Haftung, de lege sich auch auf die Liegenschaften des Schuldners erstreckt, obschon vielleicht die Intentionen des letztern so weit gar nicht gingen [1]. In den Coutumes, welche sich zu einer derartigen Regelung durchgerungen hahen, sind all die Fristen, die dem Schuldner Gelegenheit bieten sollen, selbst zu verkaufen und die demselben Zwecke dienenden Commandements und endlich selbst die Mangeurs nur noch die Rudimente des langen, durch abweichende Grundauffassungen [2] bedingten Werdeganges.

[1]) während gerade dies in den erstgenannten Rechten stillschweigend angenommen wird. Man möchte von einer praesumtio juris et de jure sprechen.

[2]) Wenn also auch Familienbande und Feudalrecht in diesem Sinne wirkten, so kommt doch in unsern Znsammenhängen nicht so sehr ein respect exagéré de la propirété wie Tambour S. 133 will, als vielmehr der Wille des Haftenden als das bewegende resp. hemmende Moment in Betracht. Es ist das Verdienst Esmeins, in seinen Etudes nachdrücklich darauf hingewiesen zu haben, vergl. die ganze Darstellnng § 2 S. 160 f. S. 177: „Ce qui entravait on gênait l'exécution sur les immenbles du débiteur, c'est qu'on se faisait scrupnle d'en disposer sans le consentement du propriétaire: par tous les moyens on cherchait à avoir son concours au moins dans la forme.“

Wie wir gesehen haben, sucht das Repressalienverfahren zuweilen nicht den Schuldner zum eigenhändigen Verkauf zu bewegen, sondern erstrebt die Zustimmung zum gerichtlichen Verkauf. Und wir haben gesehen, dass in diesem Falle man sich durchwegs scheut, über den Willen des Schuldners kurzerhand hinweg zu gehen. Mit der Erzwingung des Konsenses wird nur ein Rechtszustand geschaffen, den der Gläubiger hätte herstellen lassen können und sollen, indem er von vorneherein die ausdrückliche Obligierung mit den Immobilien verlangte.

3. Die Immobilien fallen nicht in den Bereich der gemeinen Haftung. Dazu bedarf es vielmehr eines ausdrücklichen Einbezuges, eines speziellen Hinweises darauf, dass auch die Liegenschaften haften sollen. Dans certains coutumiers l'obligation (sc. der Liegenschaften) est même la condition nécessaire, pour qu'on puisse saisir et vendre les immeubles au profit du créancier konstatiert Esmein[1]) ganz richtig und er weist zum Beleg auf den ancien coutumier de Picardie hin:

Et n'est mie à oublier que se I homs doit une dette à une personne ou à plusieur, tant soit elle venue à connissanche pardevant justiche, et il n'ait obligiet par especial ou generalment ses hyretages pour vendre et despendre, li créanciers n'en porra nul vendre ne faire vendre; anchois convenra que si denier soient pris sur les biens meubles du debiteur[2]).

Nicht weniger formell ist der Fors de Morlaas (art. 346):

Nulhe cause que lo caver fassa, la terre no s'en encor, si donexs no s'en ere obligat per abant.

Ebenso muss in Perpignan die Immobilie ausdrücklich obligiert werden (art. XIV):

Si aquel contre qui es donat clam en causa peccuniaria afferma que no pot donar fermances ne penyores mobles, deu asso jurar, present lo demador, ço es que no pot donar fermança ne penyores mobles fins a valor de sinch sous, exceptat lit etc. — e que si ve a mellor fortuna pagara tot so que pora; e si ha bens immobles deu obligar âquels.

Im übrigen seien aus den zahllosen Quellenaussprüchen,

[1]) S. 177.
[2]) Ed. Marnier S. 94.

die das Gesagte erhärten, nur noch einige wenige angeführt, in welchen sämtlichen wir einem Verfahren begegnen, das dem weiter oben dargelegten entspricht und wobei durchaus die besondere Obligierung der Liegenschaften als Voraussetzung des Verfahrens erscheint.

Dicta castra et terras . . debere esse in manu nostra, quousque satisfactum sit creditoribus, quibus dicta castra et terre obligata existunt, — satisfaciet creditoribus quibus dicta castra et terra obligata existunt[1]) habent terram pro debitis . . . . obligatam. . . . et injunctum fuit ei a curia quod litteras domini et domine de Bregeriaco, quas dicti burgenses habent super obligacione predicta teneri faciat; et si super hoc fuerit in defectu, senescallus . . . . mandatum habuit, ut super hoc manum apponat[2]).

Maintes fois aduient que par la vertu d'aucune obligation sur faute de paye, ou contract, ou par sentence, ou par arrest de Parlement, l'heritage d'aucun se vend par execution de justice, iaçoit ce que ce soit contre la voulenté de celuy à qui l'heritage est, puisque celuy de qui on vend, est à ce obligé, car sans ce ne doit l'heritage de l'homme estre venduë[3]).

Cieus li cognut, dont il convint qu'il en vendist son heritage pour celui paiier, et fu vendu en le main le roy etc.[4]).

Nach dem bisher Gesagten sind wir nun immer noch nicht in der Lage, die Frage nach dem Verhältnis von Personenhaftung und Vermögenshaftung, von Treugelöbnis und Zugriff auf das schuldnerische Eigentum erschöpfend zu beantworten. Doch wichtige Anhaltspunkte haben wir nach dieser Richtung hin immerhin schon gewonnen. Denn ohne Zweifel geht aus dem Gesagten doch wohl schon das Eine hervor:

Die Haftung wie sie auf Grund des Treugelöbnisses eintritt, kann die Haftung des Gelobenden in seiner ganzen wirtschaftlichen Existenz, mit allem,

---

[1]) Olim a. 1294 N. 4 Bd. II S. 371.

[2]) L. c. a. 1278 N. 54 Bd. II S. 124.

[3]) Bouteiller l. I tit. 69 S. 409.

[4]) Artois II, 7. Vergl. ferner Bergerac art. 25, Grand Coutumier S. 223 f. Anjou et Maine K. chap. 37 E. chap. 336 f.

was er an ökonomischen Werten zu eigen hat, nicht sein. Wir haben gesehen, wie sehr Puntschart betont, es sei die Person, die in der persönlichen Obligation von allem Anfang an hafte, die Person in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, nämlich als Träger der wirtschaftlichen Kraft. Dabei sei es wirklich das physisch körperliche Substrat, an das sich Arbeits- und Erwerbsfähigkeit, sowie Erwerb knüpfen, was das primäre Haftungsobjekt abgebe bei diesem plegium corporis. „Nur weil die Person als Träger ihrer wirtschaftlichen Kraft gehaftet hat und haftet, wird bei der Zwangsvollstreckung auf ihre wirtschaftliche Kraft gegriffen, vor allem auf ihr Vermögen“ [1]). In Ermangelung von genügendem Vermögen werde auf die Person des Haftenden selbst gegriffen. Denn in ihr verkörpere sich auch noch eine wirtschaftliche Kraft, die Arbeitskraft, die wieder Vermögen erzeugen kann. Puntschart beruft sich dabei auf Plank, welcher von der Überantwortung der Person des Schuldners an den Gläubiger sagt, sie sei und bleibe die Grundlage und der Nerv der Exekution wegen gerichtlich gewonnener Schuld. Der Zwang richte sich immer in erster Linie gegen die Person des Schuldners, gegen das Vermögen erst dann, wenn der Gläubiger sich damit zufrieden gegeben habe [2]). „Die Personalexekution ist daher die eigentliche Form der Exekution, die Vermögensexekution nur milderndes Surrogat der erstern.“

Ein solche Auffassung scheint in unseren Quellen eine Bestätigung zu finden, wenn man beispielsweise dieser Reihenfolge der Obligierungen begegnet:

Se aulcuns veulent faire obliger aultres à eulx pour debte, il le peut faire en plusieurs manieres: Premierement en Lettres executoires soubs Seel Royal et en Nisi et se les Parties sont de la Ville, l'en les doibt faire obliger en Nisi et faire consentir que ils veulent estre excommuniés par ung des curés de B. — — Qui ne se veult obliger en Nisi, en doibt faire obliger le corps, qui peut, et qui ne peut l'en doibt faire obliger Biens meubles et Immeubles — — [3]).

Und wenn gar in der Exekution wirklich in allererster

[1]) S. 201.
[2]) Plank II § 133 S. 244 f.
[3]) Bourges 155.

Linie der Körper des Haftenden in Betracht fällt und das Verfahren zuerst und unmittelbar gegen ihn seinen Lauf nimmt, scheint das die Probe aufs Exempel zu sein.

Esquevin doivent dire au sergant: Le vous trouves le corps dou debteur, si arriestes. Le vous ne trouves le corps, si arriestes ses meubles cateuls. Le vous ne trouves meubles cateuls, si mettes main a ses heritages[1]).

Insbesondere Stellen, wie die letztangeführte, scheinen diese Auffassung vollinhaltlich zu bestätigen. Und ebenso könnte man versucht sein, die erste der drei Gruppen, die sich uns ergeben haben, für dieselbe ins Feld zu führen. —

Trotzdem halten wir dafür, dass diese Auffassung nicht diejenige der Quellen ist.

Schon die bisher aus der Geschichte der Personalexekution herangezogenen Erscheinungen rufen mancherlei Bedenken hervor. Wir haben gesehen, wie selbst schon zur Zeit der Herrschaft des Treugelöbnisses in vielen Rechten die Exekution vor der Person des Haftenden Halt machte. Sollte damit wirklich dem ganzen Verfahren der Nerv und die Grundlage entzogen worden sein? Man unterschätze die Treue und zähe Grundsätzlichkeit nicht, mit der sich derartige Auffassungen erhalten und durchsetzen. Soeben haben wir dafür ein frappantes Beispiel in der Entwicklung der Immobiliarexekution betrachtet. Nun aber wird gegen die Personalexekution angekämpft. Sie wird wohl auch in Schutz genommen. Aber die Erwägungen sind dabei ausschliesslich ethischer und wirtschaftlicher Natur. In diesem Sinne ist uns ja bereits die Divergenz zwischen dem Formalismus und dem aus demselben entspringenden materiellen Recht aufgefallen. Und auch hier ist wiederum zu bemerken, dass formaljuristische Schwierigkeiten der Abschaffung der Personalexekution überall nicht im Wege stunden. Und dies hätte doch bei Lebendigsein der vorgetragenen Auffassung der Fall sein müssen[2]).

---

[1]) Livre Roisin p. 48 n° 8.

[2]) Dies stellen wir uns so vor, dass bei der Exekution in das Vermögen, wenn sie wirklich nur Surrogat wäre, in irgend welcher formellen Weise doch immer noch die Person in Mitleidenschaft gezogen würde, ins-

Bei dieser Erwägung können wir uns aber noch auf eine andere Beobachtung stützen. Sobald die Immobiliarexekution in den Bereich der Möglichkeit tritt, beginnt die Personalexekution zu verkommen. In der Form besteht sie fort. In der Sache wird sie verdrängt. Denn wenn die Entziehung der Bewegungsfreiheit nur noch Coercitivfunktion zu erfüllen hat, ist die Person selbst schon nicht mehr Satisfaktionsobjekt. Ihrer Bedeutung in diesem Verfahren nach stellt sie sich neben die mangeurs. Das scheint mir zu beweisen, dass nicht nur wirtschaftlich die Exekution in den Grundbesitz in den Mittelpunkt rückte, sobald sie überhaupt möglich war, sondern auch dass der Anerkennung dieses Vorranges juristische Erwägungen nach der Richtung der Personalexekution hin nicht im Wege stunden.

Demnach ist wohl die Exekution in die Person nicht die Spitze und der Schlussstein des ganzen Verfahrens gewesen, nicht das Endziel, nach welchem alle Wege führten, nicht der Mittelpunkt, um den gleichsam in konzentrischen Kreisen die Verfahrensarten, die gegen Mobilien und Immobilien sich richteten, gelagert waren.

Ihre bedeutsame Ergänzung erhalten diese Erwägungen über die Personalexekution durch die Wahrnehmungen, die wir bei Betrachtung der Vermögensexekution gemacht haben. Nur mit Mühe und Not und oft nur auf weitem Umwege bringen es die Rechte so weit, dass sie nicht mehr fragen, ob die Liegenschaften ausdrücklich obligiert seien, und sie ohne weiteres in die Vermögenshaftung einbegriffen betrachten. Dass diese Entwickelung eine so langsame und schwerfällige gewesen, widerspricht der universalistischen Auffassung der Personalhaftung, die dahingeht, dass mit der Obligierung der Person von selbst, notwendigerweise die Haftung mit ihrer ganzen wirtschaftlichen Existenz gegeben sei. Denn wäre dem so, dann müsste kon-

---

besondere so, dass erst nach einer entsprechenden Formerfüllung der Zugriff auf das Vermögen offen stünde. Ein Ähnliches wird uns denn auch bei einer Ableitung der Vermögenshaftung aus einer auf Friedlosigkeit zurückzuführenden Pönalsanktion lebendig entgegentreten. Vergl. das 4. Kapitel des Anhanges. Statt dessen treffen wir hier die Erscheinung, dass nach einzelnen Rechten zuerst auf die Person gegriffen wird, nach andern — diametral entgegengesetzt — zuerst allein und in unmittelbarer Weise auf das Vermögen.

sequenterweise auf Grund der „persönlichen Haftung" auch in die Liegenschaften exequiert werden und die Rechte aus der zweiten und dritten der oben gekennzeichneten Gruppen wären uns unverständlich.

Alle die zahlreichen hierher gehörigen Coutumes lassen demnach die „persönliche Haftung" in unverkennbarer Weise als eine beschränkte erscheinen. Es bliebe also von dem hier bekämpften Standpunkte aus nur etwa folgende schon wesentlich modifizierte Auffassung möglich: Die grundsätzliche Unbeschränktheit der Personalobligation habe sich zu einer Zeit ausgebildet, da der Zugriff auf die Liegenschaften noch ausgeschlossen gewesen. Infolgedessen gehe die Haftung nur auf die Person und die Fahrhabe.

Nun wurde aber gezeigt, dass allmählich auch die Exekution in die Liegenschaften aus der Vermögenshaftung heraus möglich wurde. Es hatte ein Absorptionsprozess stattgefunden. Ein solcher Aufnahmeprozess wäre nun an und für sich auch für die Haftung der Fahrhabe zugleich mit der Person denkbar. Auf Grund des Treugelöbnisses würde also auch auf die Fahrnis gegriffen. Das ist möglich. Wir haben schon gesehen, wie der Sinn der formalen Haftungsbegründung durch Handschlag schliesslich zerstört wurde und diesem letzten früher oder später neue Funktionen zugewiesen wurden, und wir werden späterhin noch sehen, in welchem weiten Umfang diese Verschiebung stattgefunden. Um so mehr ist es denkbar, dass, wenn ein Schuldner sich mit Treugelöbnis obligierte, man früher oder später dazu kam, auf Grund dieses Treugelöbnisses auch auf die Fahrhabe zu greifen.

Man muss sich aber darüber klar sein, dass diese letztere Exekution doch ursprünglich nicht eine Wirkung des Treugelöbnisses sein konnte, dass es sich um etwas diesem letzteren ursprünglich völlig Fremdes handelt, um eine Nebenwirkung, die von aussen her zur Hauptwirkung hinzugetreten ist. Es ist etwas willkürliches, ja zufälliges und erklärt sich nur aus dem Bedürfnis nach Vereinfachung und Befreiung des so unglaublich engen Haftungsrechtes heraus, wenn gelegentlich ein Recht zu einer solchen Lösung gelangt ist.

Denn sicherlich ist nicht sie der Normalfall. Unsere Quellen verbieten eine Auffassung, die in der Exekution gegen

die Person und in der Exekution gegen die Fahrhabe Wirkungen einer einzigen, eben der persönlichen Haftung erblicken und diese in geschlossener Ableitung aus einheitlichen genetischen Gesichtspunkten von Seite der engeren und engsten Personalhaftung her erklären wollte, so dass dann die besondere Behandlung der Immobilien etwa aus den Besonderheiten dieser Haftungsobjekte in singulärer Weise zu ergründen wäre. Die Quellen, sagen wir, verbieten eine solche Auffassung. Folgende Erscheinungen tun dies unzweifelhaft dar.

Das früher schon zitierte Recht von Bourges[1]) sagt, der Schuldner solle sich unter einer Strafklausel, die die Exkommunikation vorsieht, verpflichten oder solle seinen Körper obligieren, wenn er aber das nicht könne, dann solle er sein Vermögen und zwar sein bewegliches und unbewegliches einsetzen.

Es ist nun auch Puntschart aufgefallen, dass die Person so häufig neben dem Vermögen besonders genannt wird. Auffällig scheint er dabei nur die besondere Nennung der Person zu finden. Denn seine Erklärung geht dahin, dass eben auch der Person als solcher wirtschaftliche Bedeutung zukomme. Aber nicht nur ist hier zu bemerken, dass, wenn wirklich die Rechte von der Ansicht ausgehen, persönliche Haftung bedeute Haftung der Person in ihrer totalen wirtschaftlichen Existenz, dann doch der Einschluss der Person so selbstverständlich ist, um so mehr, als sie doch den geschichtlichen Ausgangspunkt und immer noch den Mittelpunkt dieser Gesamthaftung darstellen soll, dass eben die in Frage stehende Ausdrucksweise doch befremdet. Sondern es bedarf in Wirklichkeit von hier aus die besondere Nennung des Vermögens erst recht ihrer Erklärung, da ja zugegebener Massen auf Grund des Gelöbnisses zu allererst und recht eigentlich eo ipso die Person selbst obligiert erscheint. Ist sie es nun aber mit allem, was ihr an wirtschaftlichen Werten zukommt, wozu dann die besondere Obligierung des Vermögens? Dass nun aber in all diesen Fällen wirklich das Vermögen, d. h. also wie die Liegenschaften so auch schon die Fahrhabe der Person gegenüber gestellt wird, zeigt in schärfster Beleuchtung der Umstand, dass die Klage auf

[1]) oben S. 127.

Grund der Obligation wie gegen die Person so auch gegen die Güter geht[1]).

Ferner vergegenwärtige man sich nur nochmals den Wortlaut der Quellen und die Art und Weise, wie sie die Person, den Körper des Obligatus und das Vermögen, das bewegliche und unbewegliche als zwei heterogene Ziele und Objekte der Haftung einander gegenüber stellen[2]).

Obliger eus et lors biens et leurs successeurs[3]) consentous et octroyons par les foys de nos corps et sous l'obligation de nous, de nos hoirs et successeurs et . . . de tous nos biens meubles et immeubles présens et advenir[4]) l'obligacion de leurs personnes, de leurs hoires et de tous leurs biens[5]) en obligeront touz leurs biens et de leurs hoirs; et par especial, le fons de la terre et touz leurs autres biens quelz que il soient, leurs corps et toutes autre chose[6]), nous obligeons nous, nos hoirs et tous nos biens muebles et non muebles presens et à venir[7]), i obliga li et tous ses biens[8]) oder: cors et avoir et heritaige[9]), avoit obligiet sen cors et tout le sien[10]), on ne pust faire claim sus ne arrest ne sur leurs corps ne sur leurs avoirs, pour nul meffait, ne pour debte, ne pur chose nulle; se ne feust pour mellée ou debte cogneue mais franquement et delivrement puissent aler, mener et ramener leurs corps et leurs biens les chemins dessusdiz[11]).

Schon diese Stellen zeigen uns, dass die „persönliche Haftung" das einheitliche Institut nicht sein kann, welches man aus ihr zu machen versuchte. Wir haben schon früher ausführliche Haftungsformeln genannt. Andere werden folgen.

---

[1]) Puntschart 206 f., vergl. oben S. 44.

[2]) Vergl. oben S. 28, 29, 30, 34, 35, 36, 41, 42, 43, 75.

[3]) Manre. Nouv. Rev. hist. a. 1894 Bd. 18 S. 65.

[4]) Nouv. Rev. cit. Charte de Lançon a. 1331 S. 233.

[5]) Burne a. 1372 Ord. V S. 474, 476.

[6]) Burne art. 8.

[7]) Chitry a. V.

[8]) Olim a. 1282 n. 29 Bd. II S. 211.

[9]) Abrégé Champenois, Viollet III S. 163.

[10]) Artois II, 3.

[11]) St. Omer a. 4, Ord. IV S. 260; vergl. noch Puntschart S. 122, 123, 202 fg., ferner Peule a 1507 B. d. R. I, 430, Troyes a. 1509 art. 315 cit. III, 455.

Warum diese langatmigen Formeln, aus denen das Bestreben spricht, die Aufzählung der Haftungsobjekte zu einer vollständigen und lückenlosen zu machen? Weil die Rechte die Universalität als ein leitendes Prinzip, nach welchem der Inhalt der Haftung einer Person bestimmt werden soll, nicht kennen.

Es gibt Rechte, welche als „Normalfall" die Haftung des Schuldners einzig und allein mit seinem Körper anerkennen[2]). Ihnen stehen andere gegenüber, welche nicht auf den Körper, sondern nur in das Vermögen exequieren und hier wiederum solche, welche zunächst nur die Fahrhabe für obligiert halten.

Aus der erst genannten Form, aus der engsten Personalobligation hat man versucht, die Vermögenshaftung abzuleiten. Können, ja müssen wir nicht auch eine genetische Ableitung versuchen, die von dieser letzteren, der Vermögenshaftung und zwar ebenfalls von ihrer offenbar ältesten, engsten Form, eben der Haftung nur der Fahrhabe[3]) auszugehen hat? Innerlich berechtigt ist dieser Versuch so gut wie der andere, ja es wird sich erweisen, dass die jüngere Entwicklung des Vermögenshaftungs- und z. T. auch des Hypothekarrechts insbes. während und nach dor Rezeptionsbewegung nur von dieser Seite her zu erfassen ist.

Sicherlich — das ist von der allergrössten Bedeutung, — gab es im Mittelalter keine Form der Haftungserrichtung, die eo ipso, notwendigerweise den Obligatus gleichzeitig in seiner körperlichen, wie in seiner gesamten wirtschaftlichen Existenz zu binden vermochte hätte.

Aber merkwürdig genug! Nur um so intensiver machte sich die Herrschaft jenes Prinzipes geltend, um dessentwillen der Formalismus im Mittelalter überhaupt existierte, jenes Prinzipes nämlich, dass der Schuldner bezw. der Bürge die Haftung selbsttätig herzustellen habe, dass die Haftung eine vertragliche sei. Denn nunmehr erscheinen all jene ausführlichen, ausdrücklichen Einräumungen, jene Klauseln, welche das Recht des Gläubigers in einer von den alten Formen nicht zu erreichenden Weise erweitern sollen, jene sorgfältigen Aufzählungen von neuen, und auch schon eine neue Zeit charakterisierenden Haftungsinhalten.

[2]) Vergl. unten Teil 2, Kap. 3 und Anhang Kap. 3 und 4, ferner Zeitschrift für schweiz. Recht VII 118, 126.

[3]) Vergl. die C. von Anjou Viollet I S. 262 und unten Anhang Kap. 1.

Aber so laut und eindringlich all die zahllosen Obligationsformeln das genannte Prinzip künden — sie sind bereits Erscheinungen in der jäh absteigenden Linie der Geschichte der vertraglich herzustellenden Haftung.

Zwei Entwicklungslinien finden in den hier dargestellten Erscheinungen ihren gemeinsamen Ausgangspunkt. 1. Die Überwindung der Grundsätze: Vertraglichkeit der Haftung und Spezialität (Beschränktheit) derselben führt zur Anerkennung der gesetzlichen allgemeinen Vermögenshaftung. 2. Die Intensivierung des Inhaltes der Vermögenshaftung und ihre Weiterbildung auf Grund ihrer Eigentümlichkeit als einer Haftung neben der Person und unabhängig von derselben. — kurz, als einer sächlichen Haftung, führt zur Ausbildung der Hypothek durch das Institut der jüngeren Satzung hindurch.

Viertes Kapitel.

Vermögenshaftung und jüngere Satzung: obligatio generalis und obligatio specialis.

Die obligatio generalis ist bis heute ein Stiefkind unserer historischen Rechtsdogmatik geblieben. Eine selbständige Behandlung hat sie überhaupt nie erfahren. Regelmässig trat man mit fertigen Vorstellungen über Institute, welche die vermeintlich richtigen Ausgangspunkte für die Betrachtung dieser Generalobligation abgeben sollten, an diese letztere heran. Darin lag ein schwerer methodischer Fehler, der sich denn auch gehörig rächte. Denn die Auffassungen der Autoren über die Vermögenssatzung sind vielfach unsicher und widerspruchsvoll. Sie bestehen fast immer in einer Anlehnung an Rechtsvorstellungen, die selbst noch streitig sind und noch ihrer völligen Klarlegung harren. So kam man nicht nur zu keiner befriedigenden Erklärung der obligatio generalis, sondern man liess sich dadurch auch die breiteste erkenntnistheoretische Basis für die Erfassung anderer, eben nur von hier aus dem Verständnis zugänglicher Rechtsgebilde entgehen.

Dabei sind die besagten Ausgangspunkte geradezu von heterogenster Art. Das noch in neueren und neuesten Werken zu lesen ist, das deutsche Recht habe keine Generalhypothek gekannt, offenbar nicht, weil eine solche gegen das deutschrechtliche Publizitätsprinzip verstossen hätte [1]) — und dass dies behauptet wird ohne Darbietung einer anderen Erklärung der obligatio bonorum, sei hier nur registriert. Angemerkt muss ferner auch werden, dass zuweilen immer noch das römische

[1]) So Demelius, Pfandrecht an beweglichen Sachen I S. 27 f.

Recht für die Existenz der Generalobligation verantwortlich gemacht wird [1]).

Bedeutsamer ist der Versuch, von der Seite der mit Gelöbnis hergestellten Personalhaftung her zum Verständniss der Obligation des gesamten Vermögens vorzudringen. Diese letztere sei ein Ausfluss, eine Weiterbildung der ersteren, sei „persönliche Haftung." Wir haben bereits im vorigen Kapitel manche Bedenken genannt, die sich gegen diese Auffassung erhoben. Andere Schwierigkeiten bereiten ihr, wie wir glauben, die Erscheinungen des germanischen Rechts. Nach dieser Richtung hin wird in diesem Kapitel unsere Aufgabe wesentlich nur die sein, ihr eine den Eigentümlichkeiten der mittelalterlichen Quellen u. E. besser gerecht werdende Erklärung gegenüber zu stellen. — Häufiger finden die Autoren bei Besprechung der jüngeren (Spezial-)Satzung Anlass, auf die Generalobligation zu sprechen zu kommen. Nun ist aber jene

[1]) Esmein 182, 188. Letztere Stelle bespricht die Mobiliarhypothek. Die erstere macht auf die römische Bezeichnung aufmerksam. Aber wenn man zunächst nur an die Terminologie denkt, ist es bedenklich, davon zu sprechen, unser Recht habe copié la clause hypothécaire du droit romain. Schon die Quellen des germanischen und fränkischen Rechtes kennen die Ausdrucksweise obligatio personae und obligatio rei, und die obligatio omnium bonorum in den Haftungsklauseln ergab sich, dem Inhalt derselben entsprechend, von selbst. Aber Zweck und Inhalt sind durchaus andere als bei der römischen Konventionalhypothek. Vergl. auch Viollet, Histoire 736. Am wenigsten lässt Glasson VII 675 f. erkennen, dass die obligatio bonorum eine einheimisch originale Rechtsbildung ist. Er spricht von einer Introduktion der römischen Hypothek und sagt von dieser letzteren: Elle apparait à l'origine sous la forme de l'obligation du bien. Unverständlich ist auch die Fortsetzung: die obligatio habe sich auf einzelne bestimmte oder auf sämtliche Liegenschaften des Schuldners erstrecken können: mais il n'est pas encore question des meubles. Er zitiert Beaumanoir. Aber wir verweisen hier nur auf die bisher von uns noch nicht herangezogenen Stellen 1979, 1980, 1084. Mit Recht betonen schon Warnkönig und Stein II S. 597, dass Beaumanoir die obligatio ohne die geringste Anspielung auf das römische Recht als ein längst bestehendes Institut erwähne, was also eine Rückführung auf die römische Hypothek untersage. Hingegen führt auch Schäffner die obligatio bonorum auf römischen Einfluss zurück, III 358 f. Der entgegengesetzte Standpunkt ist derjenige der gesamten neueren deutschen Literatur, gelegentlich noch für die als anomal betrachtete Satzung des ganzen Vermögens ausdrücklich hervorgehoben, Stobbe, Handbuch II § 145 S. 139.

selbst ihrem Wesen nach noch streitig und es könnte darum doch wohl schon aprioristisch empfohlen werden, die Akten über die jüngere Satzung nicht für geschlossen zu erklären, bevor nicht auch in diesem Rahmen die Generalobligation ihre selbständige Beleuchtung erfahren hätte und nicht wenigstens versuchsweise für die Erkenntnis der Spezialsatzung fruktifiziert worden wäre. Denn zunächst ist gar nicht abzusehen, warum ein solcher Weg nicht gangbar sein sollte. Eine derartige Betrachtungsweise hat denn auch schon Franken angeregt[1]), ohne dass seither die Forschung in dieser Richtung tätig geworden wäre.

In Berücksichtigung dieses Standes der Literatur müssen wir zuerst einen Blick auf die Spezialsatzung unserer Quellen werfen. Bis weithin findet dies Rechtsinstitut, wie wir es als obligation spéciale im altfranzösischen Recht antreffen, seine hinlängliche Erklärung durch die Theorie von Meiboms[2]). In der Tat liegt in der jüngeren Satzung ein Verzicht des Eigentümers auf die objektiven Schranken der Zwangsvollstreckung in das Grundstück und ein Verzicht auf das Recht der Veräusserung desselben[3]). In der Beschränkung der Dispositionsfähigkeit muss wirklich die besondere juristische Signatur der neueren Satzung erblickt werden. Der Eigentümer kann nicht mehr über das Grundstück verfügen, weil es im Interesse des Satzungsgläubigers gebunden ist und zwar gebunden in der Weise, wie die Liegenschaften nur durch den Bann gebunden werden. Das gesatzte Gut ist mit Beschlag belegt, es ist gefrohnt und diese antizipierte Frohnung ist nichts anderes als der unmittelbare Abkömmling des fränkischen Königsbannes. In der Spezialsatzung lebt dieser letztere fort als ein Institut, das der Beredung der Parteien zugänglich geworden ist. Vertraglich wird in dieser Weise ein Grundstück gebunden und gebannt, vertraglich dergestalt eine „Anweisung von Exekutionsobjekten“ hergestellt.

Aus dieser Auffassung ergab sich der Doktrin ein merk-

[1]) S. 10, 15.

[2]) S. 402 f. Franken 4, 6, 10, 15 f., 205 f. Huber, Schweiz. Privatrecht IV 785 f.; Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde 194 N. 4; Stobbe II 2 § 145 S. 130 f.; Brunner, Grundzüge 190 Gerber-Cosack 246 f.

[3]) Franken 15.

würdiger Schluss in Bezug auf die juristische Natur der jüngeren Satzung. Wohl ist sie ein Institut, das seinem Ziele nach die Liegenschaften zum Objekt hat, wohl erfüllt es auch die Funktionen eines Immobiliarpfandrechts — aber es ist doch kein dingliches Recht[1]). Es verbleibt vielmehr durchaus in der Sphäre der persönlichen Rechte. Es handelt sich um eine Haftung der Person mit dem Grundstück. In Hinsicht auf dieses Grundstück ist der Schuldner in weitestgehendem Masse gebunden. Der Haftungsinhalt besteht ganz wesentlich in der Bindung des Willens, in der Behebung der Distraktionsfähigkeit des Schuldners in Bezug auf das Satzungsobjekt.

Die Quellen leisten dieser Auffassung allen Vorschub. Wie gesagt, bis weithin ist so die Regelung des Satzungsrechtes wohl zu erfassen.

Da sind zunächst die Dispositionsbeschränkungen. „Weil man von dem Grundsatz ausging, dass die Satzung zu Exekutionsrecht als gerichtliche Beschlagnahme wirkte, folgerte man aus dem Satzungsgeschäft dieselbe Dispositionsbeschränkung für den Schuldner, welche aus der Fronung des gerichtlichen Exekutionsverfahrens hervorging."

So bestimmt beispielsweise der Coutumier d'Artois in dem ersten Artikel des 5. Titels:

Et s'il l'avoit oblegiet par especial a autrui, cieus en exploiteroit; car li especiaus va avant dou general: ne por le general, li espetiaus ne puet iestre empeeciés, se n'est en ce cas und verrät schon durch diese Gegenüberstellung, dass offenbar der Verkauf im Gegensatz zu dem vorher besprochenen Fall der obligatio generalis dem Schuldner nicht erlaubt ist. Dies sagt denn auch Beaumanoir. No. 1977 untersagt für den Fall einer obligatio generalis dem Schuldner die Verscheukung seiner Güter. No. 1978 lautet:

Autrement seroit se je vendoie mon heritage après ce

---

[1]) Doch herrscht darüber nicht Einstimmigkeit in der Doktrin. Ein véritable droit réel schreibt Esmein S. 185 der Satzung zu. Ebenso Kohler, Pfandrechtliche Forschungen 28 f., vergl. Warnkönig und Stein II. 597. Nach v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899 S. 171 ist Dinglichkeit nicht für die ersten Entwicklungsstadien, sondern nur für die spätere, ausgebildete Satzung anzunehmen. Ebenso Stobbe (Lehmann) II § 145 S. 130.

que je l'avroie generaument obligié, car pour general obligacion, je ne sui pas contrains que je ne puisse vendre mon eritage et garantir à l'acheteur. Mais se je l'avoie obligié especiaument, adont ne le pourroie je vendre, ne donner, ne estrangier, en nule maniere par quoi cil eu peust estre damagiés, auquel il fu obligiés especiaument.

Im Falle der obligatio generalis darf also der Schuldner veräussern. Bei der obligatio specialis ist dies in aller Form untersagt. Es soll alles unterbleiben, was den Satzungsgläubiger schädigen könnte. Denn dies ist der leitende Gesichtspunkt. Wie bei Besprechung der Schenkung, so stellt Beaumanoir auch hier auf die Schädigung des Gläubigers ab. Aber wer kann darüber am besten entscheiden? Ohne Zweifel der Gläubiger selbst. Sieht er für sich keine Schädigungsgefahr, oder aber er erkennt sie wohl, fühlt sich jedoch nicht bewogen, sie abzuwenden, dann soll dem Schuldner ein weiterer Spielraum gelassen bleiben:

„Et a ce tenir fermement, j'ai obligié tel bois, — ou tele vigne, ou teus prés scant en tel lieu". Teus obligacions est especiale et de tele vertu que, puis qu'ele est fete, cil qui l'oblija ne la puet estrangier sans l'acort de celi a qui l'obligacions fu fete, devant qu'il a acmpli la convenance pour laquele il fist l'obligacion [1]).

Also nochmals: der Schuldner kann grundsätzlich nicht veräussern. Aber der Sachverhalt wird ein anderer, wenn der Satzungsgläubiger die Veräusserung erlaubt. Dann ist aber offenbar das Veräusserungsgeschäft gültig und der Gläubiger kann das veräusserte Objekt nicht mehr in Anspruch nehmen. Ein positiver Beweis für die Richtigkeit dieser Auslegung wird sich uns später noch ergeben. Sie erscheint aber schon a priori als die einzig mögliche. Denn nur so erhält dieser acort des Gläubigers einen vernünftigen Sinn. — Ebensowenig wie veräussern darf der Satzungsschuldner das Grundstück verschenken oder weiter verpfänden. Dabei ist nun interessant, dass die jüngere Spezialsatzung bei Beaumanoir einer vorausgehenden Spezialobligation nicht zu schaden vermag; infolgedessen ist denn auch eine mehrmalige derartige Verpfändung erlaubt.

[1]) 1980.

Anders verhält es sich mit dem Engagement, mit der sog. älteren Satzung. Es ist ein Beweis für die hier vertretene Auffassung, wenn das zeitlich spätere Engagement der früher errichteten Obligation gefährlich werden kann. Deshalb fällt dasselbe in die Kategorie der Rechtsgeschäfte, die der Schuldner nicht vornehmen darf:

Vente, ne dons ne engagemens qui ait puis fes ne vaut riens. — — Et s'il trueve fraude ne barat, il doit depecier l'engagement en tel maniere que cil qui engaja rait son chatel tant seulement et li creancier soient paié. Et se li engagemens avoit esté fes sans barat et sans nule fausse convenance, n'est il pas resons que li creancier perdent le leur. Mes puis qu'il ne le debatirent a l'engagement fere et il fu fes par seigneur, il converra qu'il atendent a estre paié tant que li engagemens soit passés, se ainsi n'est que les choses engagiés leur fussent obligies par le seigneur. Car li sires qui est acordés a un obligement pour son sougiet ne puet puis soufrir autre devant que li premiers convenans est acomplis[1]).

Solche Stellen — wir brauchen deren keine weiteren beizufügen, sie sind auch aus unsern deutschen Quellen reichlich bekannt[2]) — weisen also wirklich auf eine „zunächst nur mit obligatorischer Wirkung ausgestattete Verpflichtung des Schuldners[3]) hin, gewisse Vermögensobjekte dem Zugriff des Gläubigers nicht durch irgend welche Transaktionen zu entziehen.

Regelmässig bietet die jüngere Satzung nebst dieser Sicherung des Zugriffes durch die Bindung des Schuldners auch ein Vorzugsrecht. Ein solches Vorzugsrecht ist nun gewiss im Rahmen der modernen Privatrechtssystematik ein Beweis für die Dinglichkeit des Pfandrechts. Dasselbe kann keine blosse in rem skribierte Obligation sein. Ein Vorzugsrecht nach dem Datum der Forderung fände keine befriedigende Erklärung. „Erst die dingliche Beziehung zur Sache präkludiert ein und

---

[1]) Beaumanoir 1597, vergl. v. Meibom 446 f.

[2]) Zudem werden andere Zusammenhänge die ausführliche Nennung weiterer derartiger Quellenaussprüche zur Folge haben.

[3]) Stobbe cit. S. 130.

für allemal jeden künftigen Prätendenten, welcher mit dem ersten Pfandrechte in Widerspruch tritt"[1]).

Aber für das Recht der jüngeren Satzung ist in Hinsicht auf ihre juristische Natur aus der Anerkennung des Vorzugsrechtes ein Schluss nicht zu ziehen und dies darum nicht, weil es nicht an einer Erklärung gebricht, die in natürlicher Weise eine Ableitung des Vorzugsrechtes aus der persönlichen Bindung heraus zu geben weiss. v. Meiboms Erklärung nämlich berührt die Frage nach der dinglichen oder persönlichen Natur nicht oder setzt vielmehr gerade den Charakter der Satzung als eines persönlichen Rechts voraus. Dem deutschen Recht sei ursprünglich der Grundsatz gemein, dass die Befriedigung der Gläubiger nach Massgabe der Prävention zu geschehen habe. Die Gläubiger werden in der Reihenfolge befriedigt, in welcher die Exekutionen eintreten[2]). Die Prävention wird bestimmt durch die Priorität der im Exekutions- oder Arrestverfahren stattfindenden Beschlagnahme des Exekutionsgegenstandes, also der Pfändung oder Fronung. Da nun die Satzung ihrer Natur nach ein Konventionalarrest ist, erfährt sie die nämliche Behandlung wie die Pfändung oder Fronung. Sowohl wenn mehrere Satzungen als auch wenn Pfändung und Satzung kollidieren, entscheidet die Zeit des gerichtlichen Aktes. Dabei geht jedoch die Priorität verloren, wenn der Gläubiger sein durch Pfändung oder Satzung begründetes Recht nicht gehörig verfolgt, so dass ihm ein anderer Gläubiger bei Verfolgung seines Pfandrechts zuvorkommt Der Schuldner selbst kann seinem Gläubiger die Priorität nur dadurch verschaffen, dass er ihm eine — Satzung einräumt. „Gerade in der Einräumung der Priorität vor andern Forderungen besteht ein wesentlicher Zweck dieser Satzung"[3]).

All dies erfährt zunächst in einigen Coutumes seine volle Bestätigung. So in den Fors de Béarns[4]). Dort wird durch die Satzung der Güter der Eigentümer in der geschilderten Weise gebunden. Von einem dinglichen Verfolgungsrecht, das gegen

[1]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen 53, 54.

[2]) Deutsches Pfandrecht 454. Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses § 2, der Vorrang der älteren Besatzung.

[3]) L. c. S. 455 f. in bez. auf das Magdeburgische Recht.

[4]) S. 291. Die Stelle wird noch in diesem Kapitel zu citiren sein.

Dritte wirkte, ist keine Rede. Die Auffassung der Satzung als einer Fronung verbietet geradezu derartige Vorstellungen. Umso nachdrücklicher wird denn die Prävalenz gewürdigt und hervorgehoben, wer potior jure sei. Und grundsätzlich ist dies der prior tempore [1]). Denn die poderagia dant primariam [2]). Das poderagium wird wie als bannum so auch als primaria charakterisiert [3]).

Ebenso bringen andererseits unsere Quellen den Grundsatz zum Ausdruck, dass der premier saisissant den Vorrang hat und dass der Satzungsgläubiger die Priorität verliert, wenn er sein Recht nicht gehörig verfolgt.

Il fu jugié que cil qui furent plaintif avant qu'il s'en alast pour lesqueus commandemens fu fes, seroient paié entierement et, s'il i avoit remanant, li autre creancier seroient oï a prouver leur detes de tans passé après ce que cil qui s'en seroit alés seroit apelés par trois quinzaines et, leur detes prouvees, il seroient paié a la livre selonc leur detes et selonc le remanant. Et par cel jugement puet l'en veoir, que li premier plaintif dont commandemens est fes seroient premier paié [4]).

La somme ledit Thumas connue et en rechut commandement du baillu d'Abbeville, laquelle some le dis Thumas ne paia mie, pourquoi li dis enfans (die betreibenden Gläubiger) se retrairent et ne peut on mie trouver tant des biens du dit Thumas moeubles que lidit enfant fuissent paiet. Et après che fait, li dis Thumas s'obliga envers Pierre de Gaytonne . . . et obliga per especial une sienne maison . . . . Li dis Pierres ne fu mie paiiés des deniers contenus en sen dit chyrographe; il s'en retrait et fit crier à vente le dicte maison — — Et sur che li dit enfant vinrent audit baillu, et se opposèrent que li denier du pris de le dicte maison ils devroient avoir en paiement de leur debte, comme elle fust venue premierement à connissanche, si comme dict est. Th. widersetzt sich, indem er sich auf seine Spezialobligation stützt. Tout veu et considéré terminé fu par jugement que tout li denier du pris de

[1]) Toulouse 109, 110.
[2]) 111.
[3]) 111 b.
[4]) Beaumanoir 1057.

ledicte maison tourneroient en paiement devers les dis enfans et les aroient à leur profit[1]).

Der Gläubiger, der bereits in die Mobilien exequiert hat und zwar erfolglos, dem aber offenbar keine Spezialobligation zur Seite steht, soll den Vorrang haben, wenn nach dieser Pfändung eine spezielle Satzung bewilligt und auf Grund derselben das gesatzte Erbe angegriffen wird. Die Potiorität auf Grund der Priorität des Exekutionsverfahrens ist hier eine sehr weitgehende.

Darnach scheint sich das Rangverhältnis der Satzungen in zwingender Weise zu ergeben. In dem gekennzeichneten Sinne sprechen sich denn auch manche Quellen aus[2]).

Die auffälligsten Erscheinungen, die somit die Quellen bieten, finden dergestalt ihre befriedigende Erklärung. Mit einem guten Schein von Recht wird deshalb dem Satzungsinstitut persönlicher Charakter zugeschrieben. In noch erhöhtem Masse trifft dies zu für die obligatio generalis. Sie soll nichts anderes sein als eine Fronung des Vermögens[3]), von der Fronung einer speziell bezeichneten Liegenschaft nur dadurch unterschieden, dass die Arrestierung eine weniger rigorose sei. Auch sie soll ein Verzicht auf die legalen Schranken der Zwangsvollstreckung und auf die Befugnis, zu schenken oder ein zweites Generalpfandrecht zu bestellen, sein, also wie man insbes. den letzten wichtigsten Punkt umschreiben könne, die Bewilligung eines allgemeinen Konkursprivilegs[4]). Die spezielle und die generelle Obligation gewähren demnach einen „widerspruchslosen“ [5]), eben durch Vorwegnahme des Königsbannes widerspruchlos gemachten Exekutionszugriff, und der Unterschied beider ist nur ein quantitativer in Hinsicht auf die Beschränkung der Dispositionsbefugnisse. — Andere Autoren behaupten freilich, dass es überhaupt an festen Grundsätzen über das Wesen dieser „Generalhypotheken“ fehle und dass, was die Wirkungen anbetrifft, dieselbe kein Vorzugsrecht gewährt habe. Wenn,

[1]) Ancien coutumier de Picardie, Ed. Marnier 91, 92, beide Stellen ausführlicher bei Esmein S. 184 und S. 223.

[2]) Vergl. Anjou et Maine FN. 1095, Bourges art. 155 u. v. a. m.

[3]) v. Meibom.

[4]) Franken 15 f.

[5]) L. c.

wie beispielsweise im Magdeburgischen Recht das Alter der Schuld für den Rang entscheidend sei, könne in der Generalhypothek nur eine verstärkte Anerkennung eines bestehenden Schuldverhältnisses liegen [1]). Indem also das Vorzugsrecht in Abrede gestellt wird, divergieren die Autoren gerade in dem von Franken als dem wichtigsten qualifizierten Punkte. Im übrigen spricht nun Stobbe allerdings von generellen „Hypotheken“ und von „Verpfändung“ des ganzen Vermögens, meint aber, es sei wie die Wirksamkeit und der Umfang so auch die Bedeutung derselben nach dem Willen der Parteien zu bemessen. Dabei bleiben jedoch die Zweifel über die rechtliche Natur dieser Obligationen bestehen. Immerhin stellt er sie nicht ausdrücklich in Gegensatz zu den Spezialsatzungen, und schon die Terminologie lässt darauf schliessen, dass hier wirklich nicht an bloss persönliche Verpflichtungen und Dispositionsbeschränkungen, sondern in allererster Linie doch an Sachhaftung gedacht wird — und dann ist dem Verfasser allerdings nur zuzustimmen.

In der bisherigen und nach der Auffassung mancher Autoren bereits i. W. erschöpfenden Aufzählung ist nämlich eine wichtige, ja die zunächst wichtigste und für die rechtliche Natur entscheidende Wirkung ausser acht gelassen. Es ist nur sehr bedingt richtig, dass „gerade in der Einräumung der Priorität vor anderen Forderungen ein wesentlicher Zweck dieser Satzung bestehe“ [2]). Und es ist ganz und gar nicht richtig, dass die Satzung — die spezielle oder die generelle — nur oder in erster Linie ein Verzicht des Eigentümers auf die objektiven Schranken der Zwangsvollstreckung [3]) in dem Sinne gewesen sei, dass diese letztere durch die Satzung zu einer beschleunigten und abgekürzten worden wäre, nicht richtig, dass es sich ursprünglich bei der jüngeren Satzung „hauptsächlich“ um eine Verpflichtung des Schuldners, gewisse Vermögensobjekte dem exekutorischen Zugriffe des Gläubigers nicht zu entziehen, gehandelt habe. Sondern die allererste und grundlegende Wirkung ist die, dass man durch die Satzung überhaupt

---

[1]) Stobbe cit S. 139 f.

[2]) v. Meibom cit. 455 f.

[3]) Franken cit.

erst die Zwangsvollstreckung in das Vermögen bezw. in den Grundbesitz ermöglicht, überhaupt erst die Basis für den exekutorischen Zugriff des Gläubigers herstellt[1]).

Die Satzung bewirkt Haftung des Vermögens bezw. einzelner Vermögensobjekte in Gestalt der obligatio rei.

Schon die Resultate, die sich uns im vorigen Abschnitte ergeben, müssen zu dieser Auffassung führen. — Die „persönliche Haftung" besteht in der Haftung der Person. Sie wird durch Treugelöbnis hergestellt. Die Vermögenshaftung ist Obligation der Vermögensobjekte, ist Sachhaftung. Auch für die Errichtung dieser Haftung hat ursprünglich ohne Zweifel eine Form bestanden, die in ebenso unmittelbarer und anschaulicher Weise die Unterwerfung unter die gläubigerische Zugriffsmacht äusserlich manifestierte. Dies lässt sich für das germanische Altertum wohl nachweisen[2]) und zahlreiche Spuren haben sich allerdings das ganze Mittelalter hindurch erhalten[3]). Im allgemeinen ist dieser Formalismus aber doch früh gesprengt worden. Er war auf die Obligierung der Fahrhabe zugeschnitten und erwies sich infolgedessen als zu eng. Nicht dass nun schon das Zeitalter einer formlosen Haftungsbegründung aufstiege. Aber die neuen Formeu der Begründung in Siegelbriefen,

[1]) Aus dieser Funktion heraus ist denn auch die Redeweise der Quellen zu verstehen. Die Satzung heisst assignation, Anweisung von Exekutionsobjekten. Dies gilt von der speziellen wie von der generellen Satzung: de assignamentis uxorem. — — assignamenta que fiunt uxoribus in bonis maritorum etc. Toulouse art. 118. Sic aliquis homo laudaverit sive concesserit uxori sue aliquam summam pecuuie ot — — — uxore se fecerit assignari pro dote sua — — super bonis mobilibus vel immobilibus dicti mariti sui, cui assignamento etc. l. c. art. 153 que los bees sober los quoaus era entrade l'eren assignatz et saubs; que puixs en G. B. assigna lo dot quant lo maridadge fe, sobor totz, los soos bees etc. Béarn art. 254, la some lo assignetz suus tant deus bees et causes deu dit son mari que son dot y aye saube l. c. S. 291. Vergl. oben S. 43/44 und Esmein S. 178. Dort auch dio Benennung abandon. Von Regress spricht Montpellior 1205: Si quis dederit generalem regressum und dann als Gegensatz: vel specialiter obligaverit. Vergl. noch Bretaigne 308. Charte de Manre l. c. S. 65. Bourges 155. v. Meibom 405 f. Huber, Schweiz. Pr. R. IV 785 f. 788: „Assignation".

[2]) Vergl. Anhang Kap. 1.

[3]) Vergl. Anhang Kap. 4.

vor dem Richter, vor dem Rat, – sind farblos, in Bezug auf den Inhalt neutralisiert. Sie gestatten aber und gebieten zugleich, den Umfang der Haftung in jedem einzelnen Fall zu umschreiben [1]).

Dergestalt entstehen die Satzungen. Dass sie nun aber Sachhaftungen sind, beweisen die Quellen schon durch den Wortlaut dieser Obligationen, durch die gegen das haftende Vermögen gerichtete Klage, durch die Unabhängigkeit dieser Obligationen von der Personalhaftung, wie sie aus der immer wiederkehrenden Gegenüberstellung beider deutlich hervorgeht [2]).

Vor allem aber gebietet sich diese Auffassung, weil durch diese Obligationen ein selbständiger und unmittelbarer Zugriff auf die Vermögensobjekte, auf die haftenden Sachen gewährt wird. Mögen die Obligationen noch so viele Dispositionsbeschränkungen dem Eigentümer auferlegen, vor allem verleihen sie als obligationes rei die Zugriffsmöglichkeit wider die Sache.

Auf diese Weise sind die im vorigen Kapitel in der zweiten und dritten Gruppe dargestellten Rechte zu erklären. Die obligatio der Liegenschaften obligiert diese letzteren und macht sie dem gläubigerischen Zugriff zugänglich.

Man hat auf gar verschiedene Weise die früher betrachteten auffälligen Eigentümlichkeiten des mittelalterlichen Exekutionsrechtes, insbes. in der Behandlung der Liegenschaften zu erklären versucht. Man sprach von einem respect exagéré de la propriété [3]) und das hatte in soweit freilich seine Berechtigung, als Grund und Boden im Mittelalter im Interesse engerer und weiterer Personenverbände vielfach in einer Art und Weise gebunden waren, dass dadurch das Zwangsverfahren in hemmendem Sinne intensiv beeinflusst wurde. Später wurde [4]) hingegen als ganz besonders charakteristisch für das alte Recht die Eigentümlichkeit hervorgehoben, dass dasselbe auf den Willen des Schuldners abstellt, ob die Liegenschaften zugänglich sein sollen oder nicht. Dies hat nun seine erhöhte Richtigkeit und Bedeutung. Denn auf Grund des Haftungsrechtes stellt sich

[1]) Mit Recht betont also Stobbe (Lehmann) S. 139 die Freiheit der vertraglichen Beredung und die Bedeutung derselben für unser Institut.

[2]) Vergl. oben S. 131, insbes. N. 2.

[3]) Tambour II 133.

[4]) von Esmein S. 177, vergl. oben S. 123 N. 2.

diese Wahrnehmung in einen weiteren Rahmen hinein — allerdings mit etwelcher Modifizierung. Denn gerade angesichts der mittelalterlichen Gebundenheit des Grund und Bodens erscheint der Besitzer vielfach gebunden, sein freies Handeln erschwert, ja sein Wille ohnmächtig, ignoriert. Und doch sollte gerade in Hinsicht auf diese Liegenschaften die freie Entscheidung den Rechten das Leitmotiv abgeben? Klänge diese plötzliche Feinfühligkeit nicht wie eine Ironie, sowohl dem Gläubiger als auch dem vor der Insolvenz stehenden Schuldener gegenüber? Der Wille erscheint denn auch nicht als unantastbar. Um ihn zu zwingen, erfindet man eigens ein Verfahren. All' dies stellt sich uns nunmehr dar als Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes. Es ist keine Rede davon, dass der Wille des Schuldners gerade in Bezug auf die Liegenschaften erhöhte Bedeutung erhalte. Und doch kommt es auf diesen Willen an. Aber eben hier nicht anders als in der gesamten Exekution. Es bedarf desselben zur Herstellung der Haftung, welche prinzipiell eine vertragliche, eine selbsttätige ist.

Es hat schon Plank darauf hingewiesen, dass viele Rechte nur die Satzung um Schuld kennen und ausser ihr keine Form der Immobiliarexekution [1]). Und er schliesst daraus, dass die spätere Immobiliarexekution aus der Satzung hervorgegangen sei und zwar etwa in der Weise, dass der Rat die fehlende freiwillige Satznng allmählich supplierte [2]).

Diese Anffassung ist genau diejenige, welche den oben Kap. 2 sub 3) genannten Rechten zu Grunde liegt. Die Supplierung der Satzung liegt teilweise schon in der Regelung, wie sie die Quellen sub 2) aufweisen und ist in den Rechten der ersten Kategorie bereits vollzogen. Im Laufe der Entwickelung findet sie ganz allgemein und im weitesten Umfange statt, wie dies noch zu erweisen sein wird.

Haftungsrechtlich ausgedrückt ist also zu sagen, dass es nach dem ursprünglichen Standpunkt unserer Quellen keine Zugriffsmöglichkeit in Hinsicht auf die Liegenschaften

[1]) a. a. O. S. 256 N. 10.

[2]) S. 357 N. 73, vergl. noch Bergerac a. 25. Nullus Burgensis debet terra . . . . vendi pro aliquo debito seu obligatione aliqua, nisi quathenus ad hoc obligatus cum instrumento expressi inveniatur, vel alias legitime condempnatur; quo casu fiet excutio in bonis dumtaxat in forma juris.

gab ohne ausdrückliche Satzung oder Obligierung derselben.

Genau dasselbe gilt nun aber auch für die Fahrhabe. Dieselbe kann allein, ohne dass mit ihr auch Immobilien verpfändet wurden, Objekt einer Obligation im technischen Sinne des Wortes sein.

Consuetudo est Tholose — — quod poderagia data per eos qui ea dare possunt super bonis mobilibus alicujus, que mobilia primitus fuerant pro dotibus et donationibus propter nuptias obligata — —[1])

Si quis rem mobilem mihi obligaverit et postquam alii vendiderit vel obligaverit etc.[2]).

Si saches que obligacion sur biens meubles ne contraint ne lye l'obligié que si etc.[3]).

Wir werden weiterhin noch zahlreiche Obligierungen von Fahrhabe[4]) antreffen. Übrigens haben wir bereits gesehen, dass sie in ganz allgemeiner Übung gestanden haben: nämlich im Rahmen der Vermögenssatzung.

Obligat omnia bona sua, mobilia et immobilia.

Die Mobilien mussten wie die Liegenschaften obligiert sein. Sonst keine Zugriffsmöglichkeit, auch nicht, wenn die Person obligiert war. Dann konnte man in der Zwangsvollstreckung eben nur gegen diese allein vorgehen[5]), gerade so wie man grundsätzlich aus der Satzung des Vermögens nicht gegen die Person vorgehen konnte.

Wenn wir nun dem Inhalt der Satzungen und den Wirkungen derselben näher treten, bemerken wir einen tief-

[1]) Toulouse art. 111.

[2]) Perpignan éd Massot-Reynier art. 53.

[3]) Bouteiller I, 25 S. 136. Eine solche Mobiliarsatzung, nämlich Verpfändung von Früchten (siehe Huber S. 809 und 819), vergl. im Livre des droiz et commandemens d'office No. 757. Bd. II S. 190: Se le vendeur avoit eu la première vente des fruiz obligié a l'achapteur expressement et especialement les fruiz de celluy heritaige ou généralement eust obligié tous ses biens meubles et immeubles sur ce, si l'une de ces obligacions y avoit, le premier achapteur des fruiz les auroit, dedans son temps: car les fruiz seroient à li premierement réaulment obligiez.

[4]) Über welche jetzt auch Meyer, neuere Satzung von Fahrniss und Schiffen, 1903 zu vergleichen ist.

[5]) Vergl. Teil II, Kap. 3 und Anhang Kap. 3 und 4.

greifenden Unterschied zwischen der obligation spéciale und der obligation générale.

Die Vermögenssatzung. Als die Hauptwirkung ist bereits die Zugriffsmöglichkeit bezeichnet worden. Tatsächlich ist dies denn oft überhaupt die einzige Wirkung der obligation générale.

Wohl lassen die Rechte gelegentlich auch bei der allgemeinen Satzung eine etwelche Dispositionsbeschränkung eintreten. Sie betrifft aber nur die Schenkungen und hat ganz wesentlich die Verhinderung fraudulosen Handelns von Seiten des Schuldners zum Ziel. Wenn man weiss, dass jede Haftung eine besonders eingeräumte, vertraglich hergestellte Sicherheit war, begreift es sich leicht, dass manche Coutumes Schenkungen zum Schaden des Gläubigers, der sich mit einer Generalsatzung begnügte, untersagen. In diesem Sinne spricht sich denn Beaumanoir aus: Wer seinen Immobiliarbesitz verschenkt, der tut es wohl zum Schaden seiner Gläubiger und deshalb soll die Schenkung nichtig sein.

Nous veismes eu la court le roi, un plet du conte de Guines qui avoit oblegié generaument lui et tous ses biens muebles et non muebles a ses creanciers, et quant il vit que li terme d'aucuns de ses creanciers aprochoient, et des aucuns li terme estoient je passés, et resgardé que tant i avoit de detes, que s'il vendist toute sa terre si cust il assés a fere a tout paier; adonqnes il regarda aucnns de ses prochiens parens, et leur fist grans dons de ses eritages, et des aucuns il retint les fruis sa vie, et des aucuns non. Et quant li creancier virent qu'l avoit mis hors de sa main par cause de don[1]) son eritage, liqueus leur estoit obligiés, et il defailloit de paiement, il traistrent en court le dit conte et ceus a qui li don

[1]) Beaumanoir mahnt überhanpt den Schenkungen gegenüber zum Aufsohon nnd statuiort geradezu eine Vermutung für ihre Illoyalität den Gläubigern gegonüber. Se la dessaisine fu fete pour caux de don, li sires doit prendre gardo quel caux le multa donnor, car l'en ne voit pas souvent qu'uns hons doient ce qu'il a pour demourer povres. Et meismement quant il doit et il fet teus dons, l'eu doit croire qn'il le fet pour ses creanciers grever. — — — Et pour ce nous acordons nous que tont donner et nient retenir par quoi li creancier soient paié de ce qui leur ostoit deu, ou tans que li dons fut fes pour barat, no vaut riens. 1597.

estoient fet. Et la verité seue des dons fes après l'obligacion des deteurs, il fu regardé par jugement que li don ne tenroient pas, ançois seroient li eritage vendu pour paier les creanciers et, les detes paies, bien li don tenroient selonc ce qu'il demourroit. Et par cest jugement puet on entendre que li don qui sont fet après ce que li eritage sont obligié generaument ne sont pas ne ne doivent estre ou damage des creanciers[1]).

Die Schenkung wird nicht anerkannt. Es wird in die verschenkten Güter exequiert und zwar als in Güter des Schuldners. Denn den Gläubigern gegenüber ist die Schenkung nichtig. Eine derartig schädigende Handlung darf und kann der Schuldner nicht vornehmen.

Die Mehrzahl der Quellen schweigen sich aber doch über die Behandlung der Verschenkung obligierter Güter aus. Kein Zweifel jedoch besteht darüber, dass eine Generalobligation nicht am Verkauf oder an einer speziellen Verpfändung hindert.

Si quis dederit generalem regressum super bona vel res suas, et postea aliquam rem de bonis suis vendiderit, vel specialiter obliguaverit, ille cui est vendita vel specialiter obliguata, potior est, salvis privilegiis a lege indultis[2]).

Der Verkauf ist rechtskräftig und der Satzungsgläubiger hat sein Recht verloren.

Nul dete faite, dont on a obligiet touz ses biens en general, ne puet empeecier que cieus qui ensi sera oblegiés ne puist vendre son hiretage et les proufis de sa terre, III ans, par la coustume d'Artois et d'autre lieus; si ensi n'est que li deteres se soit trais au signeur avant, et termes exeus, et dont convenroit il par droit que li creanchiers fust paiiés, si avant comme li denier dou vendage se poroient estendre[3]).

Sobald demnach die Satzungsgläubiger den Exekutionsantrag stellen, kann der Schuldner nicht mehr veräussern[4]). Vorher aber darf er daran nicht verhindert werden. Gelegentlich wird denn auch die obligation générale gerade darum als un-

[1]) Beaumanoir 1977.
[2]) Montpellier 1205 art. XII.
[3]) Artois tit. V art. 1.
[4]) Ebenso Bouteiller I 25 S. 136, vergl. Esmein S. 183.

zulängliche Sicherheit qualifiziert, weil der Schuldner in der Verfügung über sein Vermögen alle Freiheit bewahre:

Quant il promet sur obligacion de tous ses biens payer le jugé pour son procureur, se mestier est, l'en puet dire encontre que le procureur ne doit estre receu par vertu de celle obligacion général et elle n'est pas suffisable; car celui qui oblige en telle manière générallement pourroit distinter et ramener chacune chose par soy non contretant celle obligacion général, et ainsi telle obligacion n'est pas souffisant[1]).

Die Generalobligation ist die Obligierung der Vermögensobjekte. Da hier die Dispositionsbeschränkungen keine grundbegrifflich bedeutsame Rolle spielen, so ist es denkbar, dass an Stelle des ganzen Vermögens nur einzelne Vermögensbestandteile in dieser „generellen" Weise d. h. ohne weitergehende Befugnisbeschränkung des Eigentümers obligiert würden. Solche schlichte Immobiliarobligierungen werden uns späterhin noch begegnen. Regelmässig ist auch die Mobiliarsatzung nur eine solche, dass das über die Vermögenssatzung Gesagte auf sie anzuwenden ist.

Die früher schon erwähnte Stelle aus dem Rechte Perpignans heisst vollständig:

Consuetudo est, quod si quis rem mobilem uni obligaverit, et postonodum alii vendiderit vel obligaverit, et tradiderit, pocior est in ipsa re secundus qui rem tenet.

Der Schuldner darf also die zu Pfand gesetzte Mobilie veräussern. Hat der Käufer dieselbe an sich genommen, dann ist sie für den Pfandgläubiger nicht mehr erreichbar[2]). Ebenso darf der Schuldner das verpfändete Objekt einem andern zu Faustpfand übergeben, trotzdem damit ein dem Satzungsgläubiger schädliches Recht begründet wird.

Dies ist denn wohl auch die Auffassung aller jener Quellen, welche zwar die Mobiliensatzung kennen und insbesondere im Rahmen der Generalobligation namhaft machen, des näheren aber nicht auf sie eintreten, also nicht ausdrücklich weitergehende Wirkungen feststellen und normieren. Hierher gehört insbesondere

---

[1]) Livre des Droiz et commandemens N. 321 Bd. II S. 10.

[2]) Art. LXIII.

Beaumanoir, der die Fahrhabe durchaus als Satzungsobjekte auf Grund einer obligatio bonorum hinstellt, dabei aber nicht andeutet, dass in Bezug auf diese Gegenstände der Haftung der Eigentümer in seiner Verfügungsmacht beschränkt würde[1]).

Die Generalobligation, und soweit sie mit jener gleich zu behandeln ist, auch die Mobiliarobligation, geben demnach keine Bindung des Eigentümers im Sinne einer Güterarrestierung. Aber geben sie nicht wenigstens ein Vorzugsrecht?

Aus den Quellen ist diesbezüglich leicht zu ersehen, dass von einem gleichwirksamen Vorzugsrecht wie bei der Spezialsatzung keine Rede sein kann. Nur einmal erscheint die Kollision zwischen General- und Spezialobligation streng nach dem Prinzip der Priorität geregelt:

De habendo consilium, utrum prima obligatio facta super bonis cujusdam debitoris integraretur ante secundam litteram licet debitor sit bene solubilis, et licet dicta prima obligatio fuit generalis; habito super hoc consilio, et auditis ballivis et vicecomitibus super usu, quod fecerant in hoc casu: concordatum fuit et per arrestum redditum, quod dicta prima obligatio integraretur, licet sit generalis, quia sic usi fuerunt baillivi et vicecomitis, ut dicebant.

Aber man geht wohl nicht fehl, wenn man in dieser Lösung bereits eine Anlehnung an das römische Recht erblickt. Ganz allgemein bestimmen Rangierungen der Obligationen nach dem Alter noch folgende Quellen.

Ses crediteurs ont privilege, c'est assavoir de temps, de cause, et de diligence. De temps, c'est assavoir ceulx qui ont premieres obligacions, de cause, c'est assavoir ceulx qui sont personnes privilegiés pour certaines causes, comme sont eglises, mineurs et femmes -- —, de diligence, c'est assavoir ceulx qui ont veillé en leur fait en satisfacion de leur debte ou de leur obligacion en maniere dearce, comme avoir le premier saisine[2]).

En obligacions, en raison les premieres qui sunt d'antidate doivent aler devant[3]).

[1]) 1979/80, 1094, 1074, 1055.

[2]) Anjou et Maine F. N. 1095.

[3]) Bourges art. 155.

Aber die erst genannte zeigt in ihren Zusammenhängen doch wieder, dass in der Frage der Rangordnung die Spezialsatzung stärkeres Recht gibt. Und das Recht von Bruges betont dies denn auch in der Fortsetzung der zitierten Stelle:

Les premier doivent aler devant, sinon que une Obligacion feust generalle et l'autre si feust especialle. Exemple, Se nng Homme a presté dix Francs ou plus, ou moins et ledict en soit obligé à luy sur tons les Biens en general, et que depuis, ung aultre luy ayt presté autre somme pour achapter ou reparer certain Heritaige nommé en la dicte Obligacion, en ce cas-cy, se il advient que ledit Heritaige se vende, celluy qui aura presté le sien pour icelluy acquerir ou reparer yra devant, et sera premier payé que l'autre qui premier a presté, pource que il est expressement dict pourquoy et surquoy il a presté ladicte somme; car en l'ung y a generalité et en l'autre especialité, et l'especialle precede tout temps la generalle en payement, supposé que l'Obligacion du general soit precedant[1]).

Darnach gehen die Spezialobligationen vor. Ebenso geht die jüngere Spezialsatzung der älteren Vermögenssatzung vor in Montpellier[2]), ebenso in Artois[3]), ferner bei Beaumanoir[4]), so endlich auch bei Bouteiller.

Obligation speciale passee, elle vaut devant la generale, comme si i' anoye tous mes biens generallement obligé à aucun, et puis à un autre obligeasse aucune terre ou autres biens: scachez que la generalle obligation ne vaut contre celuy qui auroit especiale et ne laisseroit ja à vendre et executer pour la generalle, celuy qui auroit l'especiale, puisque l'obligé seroit honué en possession, si main de justice n'y estoit assise: non feroit le propre obligé qu'il vendist partie de ses biens non obstant la generale obligation, si ainsi n'estoit

---

1) Art. 155.

2) 1205 art. XII.

3) Tit. 5, art. 1.

4) Die Spezialsatzungen nach dem Alter, weshalb der Satzungsschuldner eine neue Obligation errichten darf. Denn sie vermag der vorausgehenden nicht zu schaden. Betr. der Generalobligationen wird nur gesagt, dass sie gleichstehen, worauf noch zurückzukommen sein wird, woraus aber schon hier geschlossen werden kann, dass sie den Spezialobligationen nachstehen.

que l'homme à qui il seroit ainsi obligé en general, ce fust commencé à mettre à loy devant la vente[1]).

Dergestalt geht also die Spezialobligation überall vor. Nun können aber wenigstens unter sich die Generalobligationen immer noch nach dem Alter rangieren. Dieses Vorzugsrecht ist jedoch keineswegs dasselbe wie bei der speziellen Satzung. Es darf nicht bei beiden aus derselben Ursache abgeleitet werden. Bei der letzteren resultiert es aus der Fronung. Bei der ersteren könnte man dasselbe aus der Sächlichkeit der Haftung ableiten, wiewohl das Band der Obligation die Vermögensobjekte, wie wir gesehen, nur erst lose bindet, noch nicht dinglich im Sinne der modernen Doktrin.

Die Rechte gehen von der „realistischen" Auffassung aus, „dass, nachdem der Schuldner sein Vermögen mit einer Schuld belastet hat, nur noch, was er nach Abzug jener Summe besitzt, den spätern Gläubigern verhaftet sein kann." So Stobbe[2]) in Bezug auf die Rechte, denen zufolge die Gläubiger in der Reihenfolge nach dem Alter der Schuld befriedigt werden. Die Erwägung trifft auch für die Regelung der Kollision der obligationes bonorum zu.

Beachtenswert ist aber, dass allerdings die Quellen oft das Alter der Schuld, nicht der Haftung über die Priorität entscheiden lassen. So die très ancienne coutume de Bretagne[3]), so auch die anciennes coutumes d'Alais[4]):

Si les deutors an cauzas, e non pagon, defra des mezes, por juzizis e sera donatz, a bona fens, ses mal engen ab auctoritat de la cort, las cauzas devon esser vendudas, per els costregz, sinon per la cort e totz los pretz, per rons dels dentes vengutz empaga als crezedors, sals los prevelegis dels demandamens que legz donon. Es ist dies also dieselbe interessante Erscheinung, welche auch in deutschen Rechtsquellen wahrzunehmen ist. Diese merkwürdige Übereinstimmung in der Rangregelung von Schuld und Vermögens-Haftung kann hier

---

[1]) Boutoiller tit. XXV S. 136. Vergl. tit. LXIV, 385.

[2]) Geschichte des älteren Konkursprozesses S. 11 f., vergl. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts S. 28.

[3]) Welche später zu nennen sein wird.

[4]) a. 1216—1222 art. VII.

ihre Erklärung noch nicht finden[1]). Hier interessiert sie nur nach einer negativen Seite hin: Dem Umstand, dass die Vermögensobligation ein Vorzugsrecht verleibt, darf in einer grundbegrifflichen Untersuchung nicht weiter Folge gegeben werden. Denn dies Vorzugsrecht ist nicht nur ein beschränktes seiner Wirkung nach, sondern es leitet sich auch aus heterogenen und dann wohl für die Natur des Institutes unwesentlichen Erwägungen ab. Dies beweisen denn auch noch andere bisher nicht genannte Erscheinungen unserer Quellen. Es kann für die Potiorität das Alter der Haftung, es kann das Alter der Schuld entscheiden. Es können aber auch ganz andere Momente den Rang bestimmen. So insbesondere auch die Form, in welcher die Obligation begründet wurde.

Si par vertu d'une obligacion du Chastellet l'en prent et mect en criée et en vente mes héritaiges, et après ce je me oblige ès foires, la debte des foires sera premièrement paiée, et supposé que celle obligation des foires fust soubs le scel du Chastellet ou aultre, si ne seront mie receues les aultres debtes ou obligations à venir seullement à contribution[2]).

Ebenso gehen nach den Coutumes de l'Auvergne[3]) unter den Lettres obligatoires diejenigen mit königlichem Siegel vor, dann folgen die Briefe mit dem Siegel eines seigneur und endlich die von einem Gericht ausgestellten lettres und die vor Gericht anerkannten Privaturkunden. Noch im 17. Jahrhundert[4]) bestimmt das Recht von Gorze[5]) den Rang nach den Siegeln. Bei dem nämlichen Siegel entscheidet das Datum. Dies gilt auch für die am Schlusse stehenden Hypotheken aus simple cedulle[6]).

---

[1]) Vergl. Anhang Kap. 1 und 4.

[2]) Grand coutumier S. 217.

[3]) Masuer 121 cit. Tambour S. 155 N., Esmein S. 203 N. 3, Huber S. 798.

[4]) Noch im 18. Jahrhundert sagt Basnage S. 142, dass die notariellen Urkunden vor den privaten einen Vorzug, ein droit de préférence verleihen. Das letztere wird also von der Form abgeleitet.

[5]) Art. 55.

[6]) Vgl. Coutumes gén. de Metz a. 1611. art. 19. Quant aux contrats passés pardevant Notaires, ils prendront seulement Hypotheques avant les escriptures privées, ores qu'ils soient premieres en datte que les scedules recogneues en jugement, ou les obligations passées pardevant Amants.

Aber nicht nur erscheint dergestalt die Regelung der Rangverhältnisse als eine so willkürliche, dass auch die Priorität der älteren Vermögenssatzung als eine willkürlich von den früher genannten Rechten vorgezogene betrachtet werden mag, sondern es haben viele Coutumes für dies Vorzugsrecht überhaupt keinen Raum. So wenig also wie Dispositionsbeschränkungen, so wenig anerkennen sie also aus der obligatio omnium bonorum heraus ein privilegium exigendi. Hierher gehören die letztgenannten Coutumes wenigstens insofern, als für die Rangregelung ihnen nicht das Alter den Massstab abgibt. Schlechterdings gleich gestellt sind die obligationes generales bei Beaumanoir:

Quant aucuns s'est obligiés par letres ou par convenances à pluseurs creanciers, et il n'a pas assés vaillant pour paier, et li creanciers sont plaintif: li mueble et li eritage au deteur doivent estre pris et vendu et paié as creanciers a la livre, selonc ce que la dete est grans [1]).

Die Wirkung der obligatio generalis beschränkt sich demnach im typischen Falle auf die schlichte Obligierung der Güter, auf die Gestattung der Zwangsvollstreckung in dieselben.

Dieser Betrachtung über den Inhalt unseres Rechtsinstitutes seien nur noch zwei Bemerkungen beigefügt. Die erste betrifft den Umfang des mit der obligatio generalis hergestellten Rechtes. Haftungsobjekte sind die Fahrhabe und die immobilen Güter. Es ist charakteristisch genug, dass die Obligationsklauseln allüberall — es handelt sich keineswegs um lokale Gewohnheiten — diese beiden Gruppen von Haftungsgegenständen ausdrücklich namhaft machen. Nur das gibt die Gewissheit, dass sie gesatzt sind. Dasselbe gilt von den zukünftigen Gütern. v. Meibom [2]) vertritt die Ansicht, dass auf Grund der Generalsatzung nur die zur Zeit der Satzung vorhandenen Vermögensstücke betroffen würden. Dies ist zutreffend für den Fall, dass aus der Einräumung nicht ein anderes hervorgeht. Völlig richtig bemerkt Stobbe-Lehmann [3]), dass es auf den Willen der Parteien ankomme, ob die Verpfändung sich bloss

[1]) 1055 vergl. 1598.
[2]) S. 413 vergl. Franken 413.
[3]) S. 139 und 140 N. 39.

auf das gegenwärtige oder auch auf das zukünftige Vermögen erstrecke In unsern Quellen fehlt denn auch regelmässig dieser Einbezug der künftig zu erwerbenden Güter nicht[1]. So ist auch folgende Stelle Beaumanoirs aufzufassen:

Et s'il avient que tuit li bien ne puissent pas soufire a toutes les detes paier, ne li creancier n'ont nus pleges, il convient qu'il suefrent leur damage, pour ce qu'il crurent folement. Nepourquant s'il avient que li detés qui abandonna toutes ses choses pour paier, conquiert de nouvel parce qu'aucun bien li eschieent de la mort d'autrui, ou il conquiert par servir ou par aucune autre maniere, il n'est pas quites vers les creanciers a qui il abandonna le sien; ançois les doit paier de tant comme il leur faille qu'il ne furent pas paié. Et en ce cas pueent recouvrer li creancier ce qui leur estoit deu[2].

Endlich sei noch hingewiesen auf die Ableitung, mit welcher Plank die generalis obligatio zu erklären versucht. Dass er zutreffend darauf hingewiesen hat, wie ursprünglich nur auf Grund der Satzung in die Liegenschaften exequiert werden konnte, ist bereits gesagt worden. Aber Plank hatte dabei der allgemeinen Betrachtungsweise entsprechend nur die Spezialsatzung im Auge. Von hier aus kam er dann zu folgender Erklärung der Generalsatzung:

Aus der freiwilligen Satzung einzelner Vermögensstücke habe sich die Besatzung derselben entwickelt, aus dieser die Besatzung der Gesamtheit der Vermögensstücke in Form des gerichtlichen Verbots und aus dieser die freiwillige Satzung der Gesamtheit[3].

Nach unserer bisherigen Betrachtung ist eine solche Entwickelung nicht anzunehmen. Die älteste in Betracht kommende Form war offenbar die Satzung des Vermögens, weil man nur so in dasselbe exequieren konnte und weil eben die elementare Funktion, diese Möglichkeit zu vermitteln, der Vermögenssatzung zukam. Aus in der geschichtlichen Entwicklung notwendigerweise gegebenen Ursachen war diese generelle Obligation ursprünglich

[1] Vergl. die Obligationsklauseln insb. oben S. 131 N. 2.

[2] 1598.

[3] Plank S. 358 und 385 insb. N. 26, wo noch beigefügt wird, dass dergestalt die Anomalie erklärlich werde, dass eine Satzung fahrender Habe ohne Besitzübertragung vorkommen konnte.

nur eine Obligation der Fahrhabe. Späterhin wurde das unbewegliche Vermögen mit einbezogen. Und nun griff man in der oben (Kap. 3) dargestellten Weise auf die Liegenschaften, Der Satzungsgläubiger verlangte, wenn der Schuldner nicht zahlte — nicht vorher! — die Fronung auf Grund der Generalsatzung, — nicht also lag jene schon in dieser. Die Fronung war Teil des ordentlichen Exekutionsverfahrens.

Nun lag in dem soeben betrachteten Einbezug der künftigen Güter und ebenso in dem letztgenannten Einbezug der Immobilien eine Intensivierung der Haftung, Intensivierung durch Erweiterung der Vermögens-Haftung in Hinsicht auf die Objekte. Eine solche Intensivierung wurde nun aber auch auf ganz andere Weise erreicht. Es mochten wenige Objekte haften, ja nur ein einzelnes, nur eine Liegenschaft beispielsweise, diese aber dergestalt, dass sie dem Zugriff des Satzungsgläubigers nicht mehr entzogen werden konnten. Deshalb ist die sog. neuere Satzung ihrer Funktion und rechtlichen Ausgestaltung nach ein so anders geartetes Institut als die Vermögenssatzung.

Die obligatio specialis. Auch sie obligiert die Güter, auch sie gibt das Zugriffsrecht. Aber dies ist nicht die hauptsächlichste Wirkung. Denn wem es nur um diese zu tun ist, der begnügt sich mit einer schlichten Obligation Die Spezialobligation gibt aber nicht nur ein Vorzugsrecht, sondern beschränkt vor allem auch die Dispositionsbefugnis des Eigentümers in der Weise, wie sie bereits zur Darstellung gekommen. Dass sie zunächst aber doch auch die Funktion der allgemeinen Obligation in Hinsicht auf dies spezielle Haftungsobjekt zu erfüllen hat, ist allerdings den früher genannten Darstellungen gegenüber zu betonen, weil dieses Moment auch hier die Obligation als eine sächliche erscheinen lässt.

Zudem aber ist die neuere Satzung Interdiktion, wie die Quellen sich gelegentlich ausdrücken, Fronung, vorweg genommene erste Exekutionshandlung, Bannlegung. Deshalb jene Dispositionsverbote, wie wir sie schon dargestellt haben. Im folgenden mögen nun noch mehr derartige Quellenaussagen angeführt werden. Sie mögen uns zugleich aber auch nach einer anderen Seite hin beweisen, dass die besagte Auffassung der obligatio specialis diejenige der Quellen ist. Sie zeigen uns nämlich die Form, in welcher die Satzung begründet

wird. Wie weit etwa eine zivile Form der Haftungsbegründung in Anwendung kommt, wird später zu erwähnen sein. Was aber den formalistischen Apparat, wie ihn das öffentliche Recht hervorzurufen vermag, anbelangt, so findet sich in vielen Rechten nur die einzige, immerwiederkehrende Bestimmung: Die Satzung bedarf der Einwilligung des Seigneurs, des Grundherrn[1]). Auf die Bedeutung dieser Einwilligung und den Einfluss des Feudalismus, der sich in ihm geltend macht, soll hier nicht eingegangen werden. Es ist darüber schon des öftern gehandelt worden. Dies trifft aber nicht zu für andere Formen. Soweit dieselben in den nördlichen Rechten anzutreffen sind, haben sie freilich stets die Aufmerksamkeit auf sich gezogen[2]). Es gibt nun aber auch südliche Rechte, die für die Satzung ganz merkwürdige Begründungsakte vorsehen[3]).

So vor allem Toulouse. Das poderagium, wie hier die Satzung bezeichnet wird, findet in den alten, im Jahre 1286 genehmigten Coutumes seinen Platz neben dem bannum im Titel IX des zweiten Teiles: De poderagio et bannis. Ja es scheint, dass dieser Bann nur gerade den amtlichen Akt bezeichnen zoll, aus welchem der Gläubiger das poderagium erhält. Dieser Bann wird auf Grund eines Titels gegeben,

[1]) Vergl. Beaumanoir 1597, 1104, Bouteiller I 25 tu ne pent ne dois obliger ton heritage qui vaille, saus le seigneur de qui il est tenu (S. 136). Betr. das materielle Aufsichtsrecht, das der Seigneur ausübte vergl. folgende bisher unbeachtete Stelle, welche anch ein ziemlich frühes Beispiel abgibt für die Entwicklungsrichtung, die dahin tendiert, die Genehmigung zu einer von Willkür unabhängigen, eventuell gesetzlich zu erzwingenden zu gestalten. Bressieux, Nouv. Rev. Bd. 1895 (XIX) S. 334, a. 1288, art. 7. possessor rei mobilis vel immobilis possit rem suam obligare habitatoribus dicti loci vel aliis terrae nostrae habitatoribus et nos teneamur laudare dictam gaigeriam, dum tamen res obligata excedat pretium obligationis in tertia parte. Vergl. Esmein S. 187, 190 f.; Glasson VII, 680; Warnkönig und Stein II S. 597; Huber IV 792, 705 f.; Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, 139, 152 f.

[2]) Vergl. jedoch unten II. Teil, 3. Kap.

[3]) Das wird fast vollständig übersehen. M. W. wird nur auf Toulouse verwiesen in der Literatur. Und auch in Bezug auf dieses Recht ist man der fraglichen Form nicht gerecht geworden. Glasson a. a. O. weist zuerst auf das Zustimmungsrecht des Seigneurs hin und fährt dann fort: A Toulouse, le viguier ou le seigneur intervenait, suivant que l'immeuble engagé était un alleu ou une tenure féodale.

oder konzediert, oder zediert, wohl auch von der zuständigen Stelle, wenn sie selbst Gläubigerin ist, retiniert. Von einer gerichtlichen Auflassung oder einem ähnlichen Akte ist dabei keine Rede. Es handelt sich um eine Bannlegung. Durch die blosse Zusage des Schuldners soll diese nicht ersetzt werden. Sie wird in aller Form vorgenommen. Damit wird der Gläubiger gegen das Zuvorkommen anderer Gläubiger gesichert. Diesen Bann legt der Vertreter der königlichen Gewalt, der Vicarius auf die Güter. Soweit es sich aber um feudal gebundene Güter handelt, steht das Recht dem Grundherrn zu, freilich nicht ohne dass der Vicarius auch auf solche tenures unter bestimmten Voraussetzungen poderagia geben kann und zwar geschieht es dann wirkungsvoller von dieser als von jener Seite. Das vom Vicarius konzedierte poderagium geht vor[1]. Es fehlt endlich nicht an einem Versuche, der übrigens von der königlichen Gewalt mit Missgunst aufgenommen wird, auch der kirchlichen Obrigkeit die Kompetenz einzuräumen, auf die Güter von homines in claustris comorantes Satzungsrechte zu erteilen. Doch lassen wir die Quellen sprechen.

N. 109. — creditores ejus ibi receperunt poderagium cum domino feudorum, si a dominis (die Liegenschaften) teneantur, vel cum Vicario Tholose si liberi existunt, et postea maritus fecerit cartam recognitionis uxori sue se habuisse in dotem ab ea predictos honores a se venditos, et quod de pretio illorum emerat illos honores in quibus creditores poderagium receperant, quod standum est dicto poderagio seu poderagiis, non obstante recognitione predicta, et prevalent dicte recognitioni facte post poderagium, et in hoc casu creditores sunt potiores jure quam uxor in honoribus quibus poderagium fuit data. — —

110. illi qui receperunt poderagium pro debitis suis in re feudali cum dominis feudi preferuntur aliis creditoribus, quamvis et alii creditores sint priores tempore — —

Ferner folgende beide Bestimmungen, deren Ausdrucksweise interessiert, obschon sie zu den sechsundzwanzig Artikeln gehören, die unter einem Non placet oder Deliberabimus vom König repprobiert wurden[2].

[1] Worüber das Nähere später.

[2] Vergl Tardif, Introduktion und Viollet Histoire S. 141.

111[b] dominus[1]) feudi potest dare poderagium et primariam creditoribus in feudo illo quod tenetur ab ipso, et sibi ipsi potest in dicto feudo dare et retinere poderagium pro debito quod feudotarius ei et aliis debet, et quod illud poderagium vel primaria, quod vel quam ipse dominus feudi dederat creditoribus vel sibi retinuerit pro debito quod feudotarius ei debet, valere etiam feudi predicta vendita ad satisfaciendum sibi de pretio[2]), et creditoribus qui poderagium vel primariam receperant ante omnes creditores qui debita cum dicto feudotario contraxissent etc.

111[c] si Vicarius cedit poderagium alicui civi Tholose, sive miserit vel posuerit bannum in bonis et rebus aliquibus mobilibus[3]) et immobilibus civium Tholose pro aliquibus debitis vel aliis quislibet que debeant vel in quibus teneantur extrane persone vel private alicui civi Tholose, quod Vicarius non removet nec relaxat nec debet removere nec relaxare ipsum poderagium seu bannum de bonis et rebus illis in quibus vel super quibus illud poderagium dederit vel bannum miserit vel posuerit, nisi prius ipse Vicarius receperit et habuerit sufficientes et idoneos fidejussores, vel cautiones cives Tholose, pro predictis rebus et bonis bannitis, vel in quibus datum fuerit poderagium vel primo satisfactum fuerit illi civi Tholose, cui datum fuerit poderagium, vel pro quo fuerit missum dictum bannum.

Alles ist also angelegt auf die Bindung und auf die damit für alle Fälle gesicherte Prävenienz. Und wenn der letzte Artikel auch die Genehmigung nicht erhielt, so ist doch die in Beratung gezogene, offenbar dem Schuldner erwünschte

[1]) 111[a] lautet: poderagium datum a dominis claustrorum vel concessum, vel eorum vicariis, in homines in claustris comorantes vel super bonis ipsorum, semper prevalet poderagio et banno dato vel concesso, ante vel post, per Vicarium Tholosanum.

[2]) Der Schuldner soll zunächst aufgefordert werden, das Erbe dem Gläubiger zu einem bestimmten Taxwert zu verkaufen, es sei denn, es stellten sich höhere Angebote ein. Nötigenfalls geschieht die Übergabe des Hauses an den Gläubiger als datio in solutum. Ohne das Wie näher festzusetzen, bestimmt unsere Stelle — die übrigens nur wegen des Schlusssatzes, der später zu nennen sein wird, reprobiert wurde — dass die Satzungsgläubiger vorgehen. Vergl. art. 77.

[3]) Worüber noch weiter unten und oben S. 151.

Möglichkeit, durch anderweitige Sicherung, den Bann zu lösen, beachtenswert. — Dass das Gesagte auch für die assignatio der Forderungen der Frau auf die Güter des Mannes gilt, bestätigt die Coutume ausdrücklich. Nur wird hier neben dem Vicarius noch der Rat genannt. Der Mann wird geladen, damit er Einsprache erheben kann. Die Assignation aber erteilt der Rat oder der Vicarius. Die Formen sind m. E. nicht wohl anders zu erklären, als wie durch eine Vorwegnahme des ersten Stadiums des Exekutionsverfahrens, als wie durch eine Bannlegung.

Consuetudo sive usus est Tholose et fuit a tempore quo non extat memoria continue observata sive observatus, quod assignamenta que fiunt uxoribus in bonis maritorum per Consules Tholose pro necessariis etc. — — viventibus maritis, debent fieri ipsis maritis per Consules evocatis, vel per Vicarium, si primo fuerit aditus, si ipsi mariti presentes sint et ipsis auditis si venerint, qui si quidem mariti presentes censentur et pro presentibus habentur quantum ad talia assignamenta facienda illi qui sunt in civitate vel diocesi Tholosana; si vero talia fiant assignamentum ipsis maritis non vocatis per Consules, vel citatis, non habent talia assignamenta roboris firmitatem. Sed si ipsi mariti extra Tholose diocesim fuerint, valent dicta assignamenta, maritorum absentia non obstante[1].

Aber auch im provençalischen Recht findet sich ein ähnliches. Zwar sind die Quellen leider recht unbestimmt. Aber es geht aus den fraglichen Stellen doch soviel hervor, dass Lettres mit Obligationen[2] nicht vom Vorsitzenden des Gerichts, sondern nur vom besetzten Gericht erteilt werden. Und offenbar ist dabei das Wesentliche, das aus der Urkunde hervorgehen muss, dass wirklich das Gericht die Satzung erteilte, da es allein in ihrer Kompetenz liegt, generelle Obligationen zu „consentir et autreiar[3]."

Obligation generalla ez sufficienta à la court de la cambra: Item — car souven si esdeuen en la dicha Court de la cambra,

[1]) Pars III, tit. II, vergl. p. IV, tit. IV art. 153.

[2]) Merkwürdiger Weise handelt es sich hier um generelle Obligationen. Es wird darauf zurückzukommen sein.

[3]) octroyer.

que per obligansas generals, sensa specification de la dicha Court, monsur lo president consentis letras juxta lous statuts et rigour de la diche Court: la qual causa repugna al drech (droit) . . . . . . supplican que en generals obligations la dicha Court de la cambra non sia compressa: et que sia commandat als notaris suspena formidabla de la dicha cambra presents, et esdevenedours, que nenguna letra per vigour de tals obligansas fachas generalament (sinon que la Court de la cambra ly sia expressada) letras de la dicha Court non auson far.

Responsio: Contentatur acquiescere requisitioni quod obligationes generales recitatas per instrumenta facta extra Provinciam tantum: ita quod non intra et hoc nisi in illis instrumentis, seu obligationibus esset facta expressio alicujus curiae domini vicegerentis etc. — —

Requesta: Car lou sobre dich monseignour lou president aia acostumat de consentir, et autreiar letras de la cambra per rason de generalla obligation non obstant que la Court de la cambra non sia expressada. Supplican à la dicha majestat, que ly plassa de far inhibir al dich monseignour lou president, que deissi en avant non consenta vengunas letras captionales ou autres, sinon que lous debitours sian expressament obligat à la dicha Court de la cambra, non obstant tout statut ou resscrich consentir etc.

Reposta — — ne si dever consentir, si non que la court de cambra fossa expressament exceptada[1]).

Unzweifelhaft sind hingegen wieder die Fors de Béarn. Nicht der Schuldner erteilt diese weitergehende Assignation, sondern das Gericht.

A vos cometem et vos mandam, que aperatz los juratz de vostre cort, totz ola mayor partide, ab lor conselh et arcord, la dite some o a tant cum vos apparera per cartes publiques o autres sofficientes proausses quey aye portat per son dot, lo assignetz suus tant deus bees et causes deu dit son marit, que son dot y aye saub et qu'en pusque aver vite et aliment; et la quoau assignation per vos fasedore la saubetz, deffenatz et emparetz de vos medixs et de totes autres

[1]) Statuta Provinciae Forcalqueriique comitatum. 14. Jahrh. Bourdot de Richebourg Bd. II S. 1226.

personnes; et per deguns deutes, joxes, barates, obligations ni autres males administrations, per lo dit son marit feytes ni fasedors suus aquero clam ni ban no y metatz ni recebatz ni nulhes executions no y fasatz; abantz, si penheres ni autres excecutions l'on eren estades feytes au contre, l'ac tornetz et tornar fasatz au prumer et degut stament, si donexs la dite supplicante expressements no y appare esser obligade, principau o fidance, o en autre maniere de dret o de foor tengude, o que los contrayts fossan feyts dabant que lo dit dot y fos portat[1]).

Es ist also geradezu das Gericht das assignirt. Dieses eben legt den Bann auf die Güter. Dadurch wird es denn verpflichtet, keinen andern, zweiten Bann zu konzedieren, der dem ersten schaden könnte und desgleichen keine ihm gefährliche Exekution vorzunehmen. Was ist all das anderes als ein Arrest, und zwar als ein Konventionalarrest, den das Gericht ausserhalb der Exekution auf die Güter legt auf Grund der Einwilligung des Schuldners, auf Grund einer Parteienberedung?

Bisher sind wir davon ausgegangen, dass in dieser speziellen Weise nur die Liegenschaften obligiert würden. Ein näheres Zusehen zeigt aber, dass eine solche Auffassung zu eng wäre. Man vergegenwärtige sich in der Tat nur die bisher gewonnenen Grundlagen. Die Haftung der Fahrhabe beim Schuldner, auf Grund einer obligatio, ist eine quasihypothekarische, eine sächliche. Sollte nicht auch sie in ihren Wirkungen intensiviert werden können? Nun ging ja wirklich der Königsbann auch auf das bewegliche Vermögen. Wenn nun auch hier im allgemeinen sich das vorkarolingische Exekutionsrecht erhalten hat, so musste die Möglichkeit, auch die Mobiliarsatzung durch die Mittel dieses Bannes in ihrer Wirkung zu steigern, früher oder später doch wohl zur Realisierung gelangen. Freilich mochten anderweitige Rechtsanschauungen diese Entwicklung hemmen und teilweise gar verhindern. Aber in grösserem Umfange hat sich dergestalt wenigstens eine engere Mobiliarsatzung gebildet, die ein Vorzugsrecht verleiht. — Andere Rechte gehen aber weiter, erklären den Satzungsschuldner als in seinen Dispositionen gebunden und gelangen so zu einer

[1]) Fors de Béarns 291.

i. W. vollwertigen jüngeren Satzung auch für die Fahrhabe.

Eine Mobiliarsatzung, die ein Vorzugsrecht gibt, welches dem Vorzugsrecht der obligatio specialis entspricht, liegt wohl in folgenden Stellen:

Le meuble qui n'est plus en la saisine de l'obligé et dont il avoit disposé sans fraude n'a point suite par hypothèque — — mais lorsqu'il est saisi sur le débiteur, l'ordre des hypothèques est conservé[1]). So die Ordonnance de Metz vom Jahre 1564: Les creanciers qui seront fondez en obligations passées et receues en arche d'Amant ou en cedules recognues ou en sentences, seront preferez aux meubles selon la dette de leur hypotheque comme ès chose immeubles fors et excepté ès cas privilegiez — — Toutefois n'aura les dits meubles aucune suite lorsqu'il aura esté vendu par Justice ou autrement aliéné sans fraude par le debteur[2]). Und ebenso art. 17 der Coutumes von 1611. Es ist beachtenswert, dass in der erstgenannten Stelle in Bezug auf den Verkauf der obligierten Fahrhabe ausdrücklich vorausgesetzt wird, dass es kein fraudulöser sei.

Nun ist aber zu bemerken, dass gar wohl auch gegen die ohne Besitzübertragung verpfändete Mobilien ein weitergehendes, gegen Dritte wirkendes Verfolgungsrecht möglich ist und vorkommt. Doch handelt es sich um (später zu nennende) Fälle, die als privilegierte vom Recht besonders ausgezeichnet werden. Vereinzelt findet sich allerdings ganz allgemein anerkannt die Mobiliarhypothek. Ein Anhaltspunkt für die Art und Weise, wie diese Entwicklung sich vollzog, bietet das Recht von Toulouse.

Art. 111. Von kompetenter Seite wurden poderagia auf Mobilien[3]) gelegt, die bereits der Ehefrau des Schuldners obligiert sind[4]). Non dant dicta poderagia primariam alicui ante dotes et donationes propter nuptias, nisi dicte res venditae donate vel alienate fuerint, vel in solutum creditori

[1]) Basnage, Traité des hypothèques S. 73, 76; vergl. Esmein 188, 198 f.

[2]) Art. 38. Bourdot de Richebourg II 371 f.

[3]) Es wird schon aufgefallen sein, dass hier in aller Form der Königsbann auf die Fahrhabe gelegt werden kann.

[4]) Oben S. 161.

date et tradite priusquam uxor dixerit sen denunciaverit jus habere in rebus predictis, vel de rebus predictis moverit questionem. Vor allem darf nicht angenommen werden, dass nach einem Verkauf der Mobilie an irgend einen Dritten der jüngere Satzungsgläubiger nun plötzlich vorginge. Das ist zum vornherein unwahrscheinlich Es wird aber eine solche Auffassung durchaus verunmöglicht durch die Tatsache, dass das Recht von Toulouse ein sog. dingliches Verfolgungsrecht in die Mobilien überhaupt nicht kannte[1]). In der Tat nennt unsere Stelle sogleich auch den Gläubiger und der ganze Wortlaut erinnert an art. 77, demzufolge der Schuldner selbst seine Habe dem Gläubiger verkaufen und tradieren soll im Falle der Exekution, wobei subsidiär die gerichtliche datio in solutum in Betracht kommt. Die haftenden Mobilien sind also dem Pfandgläubiger übergeben. Und jetzt hat die frühere Satzung ihre Wirkung eingebüsst. Um einen solchen Effekt zu vermeiden, muss der ältere Satzungsgläubiger vor Beendigung einer Exekution seine Rechte geltend machen. Auf Grund der rechtzeitigen Anmeldung wird er dann vorzugsweise befriedigt werden, resp. soweit es sich um eine Übergabe handelt, allein zur Befriedigung gelangen. Es handelt sich also hier um ein Vorzugsrecht und um dessen Wahrung gegenüber anderen, in der Exekution zuvorkommenden Gläubigern. Diese Auffassung entspricht der ganzen Ausgestaltung des poderagium[2]). Aber die Entwicklung nach einer bestimmten Richtung hin erscheint nunmehr naheliegend. Zwar meldet der ältere Satzungsgläubiger sein Recht an, aber er verzichtet darauf, es zur Stunde geltend zu machen, wenn man ihm diesbezüglich nur für die Zukunft freie Hand gewährt. Damit wäre dann der Weg zu einem im Sinne der römischen Hypothek dinglichen Recht geschaffen. Diese Entwicklung vollzieht sich tatsächlich auch und zwar nicht nur im Süden, sondern wie sich noch zeigen wird, auch im Norden. Auch hier besteht also jener so bedeutsame Parallelismus zwischen den Quellen des äussersten Südens und des

[1]) Vergl. Catelan t. I liv. 6 chap. 28. Argou, Institution au droit français II, 4 chap. 3 Guyot, Repertoir v. o. Hyp. Bd. VIII 621, Esmein S. 200.

[2]) Vergl. insbesondere art. 110 und 111 b.

äussersten Nordens. Vorläufig sei nur auf folgende Stelle aus der somme rural des Bouteiller verwiesen[1]).

Si Sçachez que obligation sur biens meubles ne contraind ne lie l'obligé que s'il demeure en la possession de ses biens, sans que ce soit par l'auctorité de loy et par inventaire sur ce faite, que ainsi soient reptestez à l'obligé, à tout qui ne les peut vendre, adenierer ou obliger à autre que incontierent les emporteroit hors de la mauiance de l'obligé.

Es bedarf also einer Inventaraufnahme und der Innehaltung gesetzlicher Formalitäten, um die Mobiliarsatzung zu begründen. Es erinnert dies an ähnliche Erscheinungen in den Schweizerkantonen, wo — charakteristisch genug — die Formen für diese Mobiliarsatzung sich zuweilen an die entsprechenden Vorschriften über die Liegenschaftsverpfändung anlehnen[2]). In unserer Stelle geht der Inhalt der Satzung auf Beschränkungen des Schuldners in seiner Dispositionsbefugnis. Er soll die Pfandobjekte nicht veräussern und nicht verpfänden können.

So besteht also ein tiefgreifender Unterschied zwischen der obligatio generalis und der obligatio specialis. Jene ist Vermögenshaftung, diese ist jüngere Satzung. Die letztere kommt häufig genug in den Quellen isoliert, selbständig vor. Häufig steht neben ihr die obligatio omnium bonorum, und dann entspricht es nur der Duplizität der Institute, wenn neben der Namhaftmachung der Mobilien und Immobilien auf das Objekt der jüngeren Satzung besonders hingewiesen wird.

Es waren, wie wir gesehen haben, Erweiterungen der Vermögenssatzung, dass in dieselben die Liegenschaften, die künftigen Vermögensobjekte, und wie wir hier beifügen können, die Güter der Erben einbezogen wurden. Es war eine Intensivierung der Haftung, dass in Anlehnung an das auf Grund schlichter Obligierung eintretende Exekutionsverfahren unter Vorwegnahme des ersten Vollstreckungsstadiums die jüngere Satzung herausgebildet wurde. Es war eine weitere Ausdehnung der Haftung, dass mehr und mehr dem Gläubiger, dem eine obligatio specialis zugesagt war, gleichzeitig noch eine Generalobligation zu-

---

[1]) Vergl. unten Teil II Kap. 3 N. 4, Die Mobiliarhypothek.

[2]) Huber, Schweizerisches Privatrecht Bd. IV § 158 S. 816 f. spez. 819.

gestanden wurde. Steigerung ist das Zeichen, unter dem die haftungsrechtliche Entwicklung der hier betrachteten Perioden mehr als je eine vorher — der einsetzenden wirtschaftlichen Blütezeit entsprechend — steht.

Steigerung liegt wie in der Intensivierung, so auch in der Vereinfachung. Die Mittel des Rechts zu demselben Zwecke sollen ökonomisch gehandhabt, die Ziele auf dem nächsten und einfachsten Wege erreicht werden. Eine solche Vereinfachung lag in der Umwandlung der jüngern Satzung zur Hypothek. Darauf ist des Nähern erst im folgenden Kapitel einzugehen. Hingegen treffen wir schon in den bisher berücksichtigten Quellen Erscheinungen, die wir nicht übergehen dürfen, da sie bereits zeigen, in welcher Richtung die Entwickelung notwendigerweise vor sich ging.

Auf Grund der neuern Satzung darf der Eigentümer nicht mehr veräussern. Aber wie, wenn er diese Dispositionsbeschränkung ignoriert und doch veräussert? Beaumanoir antwortet:

Et se li argens fust paiés au vendeur et il s'en alast hors de la justice de cel seigneur, en cel cas convient il que li creancier le poursievent la ou il va couchier et lever, se ainsi n'est que ce qu'il vendi, ou dona, ou engaja fust especiaument obligié as creanciers; car en cel cas ne doivent li cranciers suir fors que les choses qui leur furent obligiees pour leur detes. Et s'il pruevent l'obligacion contre ceus qui les choses tienent: vente, ne dons, ne engagemens qui ait puis esté fes ne vaut riens[1]).

Es ist überaus interessant, dass schon hier von einem suivre les choses gesprochen wird, also von einem droit de suite, wie wir im Hypothekenrecht vom 16. Jahrhundert ab einem solchen begegnen. Dies zeigt die Vorstellung der Haftung als einer sächlichen, wie dies ja auch in der Ausdrucksweise deutlich wird:

Mais quant il a la convenance aemplie, la chose obligiee li revient en sa premiere nature, franchement et delivrement[2]). Die Sache ist gebunden. Deshalb also wird sie verfolgt.

---

[1]) Beaumanoir 1597.

[2]) Beaumanoir 1980. Vergl. z. B. Toulouse 111 c.

Aber es geschieht dies doch nicht in dem Sinne der Verwirklichung eines hypothekarischen Rechtes und einer Verfolgung desselben gegenüber Dritterwerbern. Vielmehr führt Beaumanoir in der angeführten Stelle aus, in welcher Weise der Satzungsgläubiger doch zu seinem Rechte kommt: Der trotz des Verbotes vom Schuldner vorgenommene Verkauf ist nichtig: ne vaus riens. Dem Gläubiger standen Anfechtung und Rescission des Veräusserungsgeschäftes (durch Klage gegen den Dritten) zu, um das Grundstück als trotz der Veräusserung noch zum Vermögen des Schuldners gehörig zum Zweck der Exekution in Anspruch nehmen zu können" [1]).

Wie aus diesen Auffassungen heraus die neuere französische Hypothek erwachsen ist, wird später zu zeigen sein. Ebenso soll nur noch andeutungsweise eine letztere entwicklungsgeschichtlich bedeutsame Erscheinung genannt werden, welche ebenfalls in der Richtung der Steigerung der Haftung, spezieller, der Steigerung der Vermögenshaftung liegt.

Die obligatio generalis erlitt nämlich nicht nur eine Erweiterung des Inhaltes durch Einbezug neuer Haftungsobjekte, sondern sie intensivierte sich ihrer Wirkung nach im Laufe der Zeit dergestalt, dass auch sie zu einer Hypothek wurde.

Die in der Klausel obligat omnia bona sua, mobilia et immobilia genannten beiden Gruppen von Haftungsobjekten waren jede für sich fähig, Gegenstand einer specialis obligatio abzugeben. Mehr und mehr wollte man in der Generalobligation besonders im mittleren Frankreich, wo es öffentlich rechtliche Begründungsformen für die jüngere Satzung nicht mehr gab, quasi eine generelle Spezialobligation erblicken. Wie diese Entwicklung sich vollzog, ist nicht an dieser Stelle zu beschreiben. Doch ist auch hier zu sagen, dass schon in unsern Quellen sich Potenzen geltend machen, die in diesem Sinne wirken mussten. Der obligatio generalis kamen doch hin und wieder noch andere Funktionen zu als nur die bisher betrachtete. So hatte sie naturgemäss in den Ländern des Marqueverfahrens die Repressalien überflüssig zu machen und somit das Verfahren wesentlich kürzer zu gestalten. So in aller Deutlichkeit der grand coutumier:

---

[1]) Sohm l. c. S. 23.

L'execution par vertu de condempnation — — toutesfois il est aucune condempnation ypotheque en laquelle sont tels mots: Nous dison ledict héritaige à luy estre obligé et ypothequé et luy adjugeons pour estre vendu, crié et subhasté pour ladicte somme, et en ce cas ne fault point adjourner le propriétaire à veoir vendre, mais seullement luy signifier la mainmise pour estre criée; et au rapport fault dire que à icelle mainmise il ne s'opposa point[1]). Dasselbe deutet aber auch Beaumanoir an, wenn er der Darstellung des Marqueverfahrens, das er bekanntlich mit den beachtenswerten Worten einleitet: s'il (sc. li heritages) n'est pas obligiés, folgende Bemerkung vorausschickt: Et se l'en ne trueve ne muebles ne chateus, que fera l'en? Se l'eritages est obligiés ès letres, l'en le demenra selonc l'obligacion[2]).

Aber auch abgesehen vom Marqueverfahren ist der Gang der Zwangsvollstreckung in die Liegenschaften ein schleppender und langsamer. Es mochte naheliegend erscheinen, in die Obligations- uud Renunciationsformeln die Beredung aufzunehmen, dass die Execution eine beschleunigtere sein solle.

A ce tenir fermement j'ai obligié — — tout le mien present et a venir, muebles et eritages, a estre justicié par quelconque justice il pleroit au dit — — ou a celi qui ces letres porteroit, aussi pour les cous et pour les damages comme pour le principal, et a pendre, vendre et despendre sans nul delai .....[3]). Vorbildlich steht ja das Verfahren in die Mobilien vor Augen. Ebenso rasch und einfach soll im Interesse des Gläubigers mit den Liegenschaften vorgegangen werden. Der Schuldner soll obliger Biens meubles et Immeubles et faire consentir que les Heritaiges soicnt vendus comme Biens meubles, aux nys et jours que Biens meubles se sont acconstumés à vendre[4])

Dazu kommt dann die immer engere Anlehnung an die jüngere Satzung, bezw. an die Spezialhypothek in ihrer Wirkung gegen Dritte. Wie naheliegend und natürlich diese Weiter-

---

[1]) l. II ch. 22.

[2]) 1074.

[3]) Beaumanoir 1094 und in der Fortsetzung ausdrücklich: et ai renoncié a tous delais que coustume de païs puet donner — —.

[4]) Bourges 155.

bildung der obligatio specialis gewesen, ist bereits angedeutet worden. Sie beruht darauf, dass die vom Schuldner und beim Schuldner obligierten Güter auch noch bei einem Dritterwerber angegriffen wurden, zuerst weil das Erwerbsgeschäft als nichtig — „ne vaut riens" — angesehen wurde, nachher ohne diese Begründung, einfach weil die Veräusserung dem Pfandgläubiger nicht schaden sollte. Diese Änderung ist nur auf der Basis möglich, dass die Anschauung von Anfang an dahin ging: Durch die obligatio specialis wird die Sache, nur die Sache obligiert. Sie haftet. Und es ist nur Frage der näheren Ausgestaltung, wie lange und wie enge sie gebunden ist. Diese Basis aber ist die nämliche für die obligatio generalis. Nur weil sie eine quasihypothekarische war, wurde sie zur effektiv-hypothekarischen Vermögenshaftung.

Dergestalt, glauben wir, ist ein Einblick in die innigen Zusammenhänge zwischen dem mittelalterlichen Satzungs- und dem neufranzösischen Pfandrecht zu gewinnen. Davon im nächsten Kapitel.

Wenn anders aber die Auffassung der obligatio generalis, die hier ihre Darstellung gefunden, richtig ist, müssen sich aus derselben nach ganz bestimmter Richtung hin zutreffende Perspektiven in Hinsicht auf das germanische Haftungsrecht ergeben. Wenn im Mittelalter die schuldnerische Fahrhabe und die schuldnerischen Immobilien immer besonders obligiert werden mussten, um dem Gläubiger als Ersatzobjekte Sicherheit zu bieten, dann ist nicht anzunehmen, dass das Altertum etwa im Rahmen einer allgemeinen, weiten personae obligatio freieren haftungsrechtlichen Anschauungen gehuldigt hätte. Vielmehr muss angenommen werden, dass auch die germanischen Quellen zwischen Personenhaftung und quasihypothekarischer Vermögenshaftung unterscheiden und jede Form auf selbständige Weise zur Entstehung gelangen liessen. Darüber ein kurzes Wort im Anhang.

Zweiter Teil.

Die gesetzliche Sachhaftung im ancien droit.

Erstes Kapitel.

Wesen und Inhalt der Hypothek im ancien droit.

A. Die historischen Elemente der neueren Entwicklung.

1. Die moderne Hypothek verleugnet keineswegs ihr elterlich Erbteil, das sie von der jüngeren Satzung auf ihren Lebensweg mitbekommen hat. Manche Eigenschaften dieser letzteren waren freilich derartig, dass sie sich mit mehr oder weniger grossen materiellen oder formellen Abweichungen auch in der römischen Hypothek fanden, dass sie deswegen der Aufnahme derselben nach mancher Richtung hin Vorschub leisteten, um nachher selbst als römisches Recht, in römischem Gewande uns entgegenzutreten. Aber bei näherem Zusehen stellt sich heraus, dass doch die neuzeitliche Hypothek in ihren wesentlichen Eigentümlichkeiten nicht etwa auf das römische Pfandrecht, sondern — soweit und wo sie sich ihrer Natur nach überhaupt noch ausschliesslich als obligatio charakterisieren lässt — auf die mittelalterliche Satzung zurückweist Das wird sich uns für das französische Recht des Näheren ergeben. An dieser Stelle sei nur an die Pfandrechtsrealisiernng erinnert. Hin und wieder war bekanntlich der Einfluss der Rezeptionsbewegung mächtig genug, um den Pfandverkauf, auch wo es sich um Immobilien handelte, fast ausschliesslich in die Hände des Gläubigers zu spielen[1]). Doch wo dies der Fall gewesen, besann man sich früher oder später wieder eines Besseren und zahlreiche Rechte haben überhaupt nie aufgehört, das Pfandrecht zu realisieren, „wie aus uraltem Gebrauch und Herkommen

[1]) So beispielsweise in Württemberg nach dem III. Landrecht. Vergl. Wächter, Württemb. Privatrecht I 604.

gewöhnlich"[1]). Das deutschrechtliche jus et potestas vendendi des Gläubigers erschöpft sich also in dem Antragen der Exekution. Und auch in Bezug auf dieses Recht des Gläubigers ist noch zu bemerken, dass die Frage der Aktivlegitimation allüberall in deutschen Landen in einer vom römischen Recht abweichenden Weise geregelt erscheint. Unter den römischen Hypothekaren stand nur dem ersten die Distraktionsbefugnis zu. Umgekehrt entsprach es dem Wesen der Satzung, dass jeder Satzungsgläubiger, sobald überhaupt von einer Mehrheit solcher in Hinsicht auf ein einziges Satzungsobjekt die Rede sein konnte, den Exekutionsantrag stellen durfte. Soweit nicht noch andere, und in diesem Falle wiederum unrömische Regelungen vorkommen, entscheiden denn auch die neueren Hypothekarrechte durchwegs in diesem Sinne.

Auch auf französischem Boden wissen sich diese Grundsätze des Satzungsrechtes trotz der Rezeptionsbewegung ununterbrochen zu behaupten.

Cette action (die Hypothekarklage in Rom) s'appelloit vendicatio pignoris, par le moyen de laquelle l'hypotheque estoit conuertit en gage conuentionnel, au lieu qu'en France par cette mesme action on la conuertit en gage de Justice; pource qu'en vertu — — du contract portant hypotheque on saisit la chose hypothequée et on la met ès mains de Justice pour la faire puis apres vendre par decret[2]).

Durch gerichtlichen Verkauf werden also die Pfandrechte realisiert. Dabei ist man sich des Gegensatzes bewusst, in welchen sich dadurch das französische Recht zum römischen stellt. Nichtsdestoweniger wird am alten, einheimischen Recht sorgfältig festgehalten.

En la vente des immeubles saisis, nous y faisons beaucoup plus de façon et de ceremonie qu'au Droict Romain: et ces solennitez sont specifiées par nos Coustumes et Ordonnances, lesquelles il faut étroitement et soigneusement obseruer: autrement pour la moindre obmission le decret est nul. Et après ces solennitez l'adiudication de l'heritage se fait en pleine audience par le Inge et pour cette cause nous l'appellons Decret[3]).

[1]) a. a. O. S. 570 I u. II L. R.

[2]) Loyseau III 6, 3.

[3]) Loyseau III 7, 6.

2. Indessen ist die Satzung doch nicht das einzige mittelalterliche Institut, auf das die moderne Hypothek zurückweist. In dieser letzteren finden sich vielmehr noch Momente deutschrechtlichen Charakters, welche sich von jener Seite her unmöglich ableiten liessen. Es sind das nämlich jene Momente, welche das neuzeitliche, deutsche Grundpfand zu einer reallastähnlichen Belastung des Grund und Bodens stempeln[1]). Soweit zwar nur die Eigentümerhypothek in Betracht gezogen wird, hätte die neuzeitliche Entwicklung sich auch auf gemeinrechtlicher Basis vollziehen können. Und gelegentlich geschah dies auch. In den betreffenden Rechten machte sich das Bedürfnis der Spezialität nicht nur in Hinsicht auf die Pfandobjekte, sondern auch in Hinsicht auf die zu sichernden Forderungen geltend. Das führte dahin, dass man eine bestimmte Summe zur Eintragung des Pfandrechts auch da verlangte, wo das Schuldverhältnis diese Bestimmtheit noch nicht oder überhaupt nicht aufwies. „Man gelangte also zur Kreditversicherung und zur Schadenversicherung, wobei zwar immer noch das Pfandrecht als das Accessorium der zum mindesten doch als besonderes Prinzipale vorausgesetzten Schuld erscheint, und endlich zur reservierten Pfandstelle oder zur Eigentümerhypothek“[2]). Dergestalt war auf gemeinrechtlichem Boden der grosse Schritt zur selbständigen Hypothek getan. Aber Huber bemerkt mit Recht, es komme bei dieser Art der Verselbständigung nicht zum Ausdruck, dass die formale Existenz auf Grund von Eintrag und Pfandbrief nicht bloss das Pfandrecht, sondern auch die Forderung betreffe und ferner nicht, dass die Stellung der einen Hypothek gegenüber der anderen in Konkurrenz der einzelnen Pfandstellen nicht bloss das Pfandrecht anbelangt, sondern auch die Forderung[3]). Von hier aus ist also doch nicht die Vorstellung zu gewinnen, dass dem Hypothekar ein selbständiges Recht auf eine bestimmte Leistung aus dem Grundstück zustehe. Dies aber ist's,

[1]) Hensler, Institutionen II S. 150 f., Huber IV S. 800 f., v. Wyss, die Gült und der Schuldbrief in Z. f. schweiz. Recht IX, insbesondere S. 27 f. Baumeister, Das Privatrecht Hamburgs I S. 168 f. Pauli, Die Wieboldsrenten des lübischen Rechts (Abhandlungen IV). Stobbe II § 147.

[2]) Huber IV, 800 und N. 7 f.

[3]) l. c. 812.

was unsere Hypothek auszeichnet, dies auch, was sie dem Rentenrecht entnommen hat. Der Berührungspunkte waren genug, um diese Anleihe zu ermöglichen und zu fördern. Erwägungen wirtschaftspolitischer Natur führten zur Kündbarkeit der Rente auf beiden Seiten und führten dadurch zur Möglichkeit, die Rentenforderung als Kapitalforderung zu fassen und umgekehrt. M. a. W. die Hypothek folgt der Analogie einer beidseitig löslichen Rente[1]) — sehr zu ihrem Vorteil. Denn hier holt sie sich Eigenschaften, die sich in der Folge als die solidesten Stützen des Realkredits erwiesen. — In Anlehnung an das Rentenrecht geschieht es, wenn die persönliche Schuldnerschaft bei einem Liegenschaftsverkauf auf den Erwerber übergeht[2]). Dasselbe ist zu sagen für den Fall, dass der dem Gläubiger ausgestellte Schuldbrief in freiester Weise dem Verkehr übergeben wird[3]). Dergestalt kam man nicht nur dazu, keine Einreden des Schuldners zuzulassen, die sich nicht aus der Urkunde ergaben, sondern auch dazu, abstrakte Verpfändungen, Pfandrechte ohne Forderungen zu gestatten[4]). Endlich war der Einfluss des Gültrechtes geeignet, dem Spezialitätsprinzip auf dem Gebiet des Immobiliarpfandrechts zur Herrschaft zu verhelfen[5]). Doch ist nicht zu verkennen, dass diese überragende Bedeutung der Rente in der Übergangsperiode nur vereinzelt zukam. Denn die Rente selbst befand sich auch im Wandlungsstadium. Die wirtschaftlichen Interessen führten nicht nur zur beidseitigen Kündbarkeit, sondern auch zu der Übung, zur Sicherung des Rentengläubigers das ganze Vermögen oder Teile desselben zu verpfänden[6]).

Vom vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert, d. h. von der Zeit ab, als die Satzung zu einem dinglichen Recht und die Rente kündbar geworden, wurde die angedeutete Entwicklung des Grundpfandinstitutes auch für Frankreich möglich. Diese

[1]) Baumeister 173

[2]) Huber 802

[3]) l. c.

[4]) Dabei sah man wohl auch in dem Sinne von der Person des Gläubigers ab, dass man einfach den Erwerber des Briefes zum Erwerber des Rechts machte, ja selbst den Brief auf den Inhaber ausstellte. Huber 808.

[5]) l. c. 808, 812, Baumeister l. c.

[6]) Heusler 152 f.

Möglichkeit liegt in der Natur der Sache Wir brauchen also nicht, um sie zu erhärten, das Rentenrecht der französischen Quellen[1]) in den Rahmen der Betrachtung einzubeziehen. Indessen sei doch auf einige Paris angehende Ordonnanzen des fünfzehnten Jahrhunderts verwiesen, um zu zeigen, in welch hohem Grade sich zu dieser Zeit eigentlich die Ansätze zu einer durchaus modernen Ausgestaltung des Hypothekarrechts geltend machten.

In einer Zeit der wirtschaftlichen Depression hatten die Grundstückseigentümer schwer unter der Überlastung der Häuser mit Renten und Hypotheken zu leiden. So bedenkliche Klagen wie die folgenden werden immer wieder laut.

— — les grans et excessives rentes et ypotheques dont sont chargées les dictes maisons, et que plusieurs personnes par default de marchandises, labours, pratiques, ouvrages et autres manieres de vivre ont esté contraintes de plus avant charger de rentes leur dictes maisons et heritages, et les autres n'ont eu de quoy les soustenir, reparer, ne payer les rentes qu'elles devoient, parce que on ne les povoit ne peut louer à la moitié près de la charges d'icelles, dont il est advenu que très — grans parties des dictes maisons sont cheues, demolies et ruineuses, et les autres inhabitées, en grant diminution et difformité d'icelle nostre ville, et pourra encores plus estre etc.[2]).

Zur Abhilfe bestimmt die Ordonnanz vom 27. Mai 1424 zunächt eine Belastungsgrenze. Dabei liess man sich freilich durch die Missstände zu einer nicht zu rechtfertigenden Massregel hinreissen. Die Belastung sollte inskünftig nur ein Drittel betragen dürfen de ce que lesdictes maisons ou heritages pourroient valoir de rentes en commune estimacion, à comprendre en ce les autres charges précedens. Zu diesem Zweck wird eine Schätzungskommission vorgesehen (art. 1)[3]).

[1]) Vergl. Viollet, Histoire 674 f., Glasson VII S. 321 f., Beaune 380 f., Warnkönig und Stein II 582 f., 585 f., Schäffner III 268 f.

[2]) Ord. v. Henri II., Mai 1424. Ord. XIII S. 49, vergl. Lettres von Mai 1424 S. 47, Lettres von Juli 1428 S. 135, Lettres von Jan. 1431, Lettres von Charles VII, 1438 S. 261: Zn all diesen Schäden komme noch, que les censiers et rentiers d'iceulx lieux sont souvent en grans involutions de procez les ungs contre les autres, tant affin de garnir ou quitter, comme de leurs droiz de priorité ou posteriorité etc. Vergl auch Ord. IX, a. 1409 S. 482.

[3]) Lettres von Juli 1428 art. 3, 4, 9, 10, Lettres von Nov. 1441 art. 13.

Sobald der ursprüngliche Rentenkäufer die Rente veräussert, tritt für den Grundstückseigentümer sofortige Rückkaufsmöglichkeit ein (art. 2)[1].

Ferner sollen inskünftig die Belastungen dem Prinzip der Publizität unterworfen sein.

Et pour ce que par la très-grant et excessive charge des rentes, ypotheques et autres charges réelles dont pluseurs desdites maisons et heritages situées et assises en nostre dicte ville, Prevosté et Viconté de Paris, ont esté chargées le temps passé, se sont meuz pluseurs débas et procès, et aussi sont cheuz en ruyne lesdictes maisons et heritages: nous pour eschever lesdictes ruynes et procès, et pourvoir ou temps à venir à ce que ung chacun puisse avoir certaineté et vraie congnoissance desdictes charges et ypotheques, dont seront et pourront estre chargées lesdictes maisons et heritages avons ordonné et ordonnons que doresnavant namptissement aura lieu ezdictes ville Prevosté et Viconté de Paris, et que esdiz lieux, ypotheques[2]) ne pourront estre constituez valablement, ne sortiront aucun effect, sinon du jour et date que ycellui namptissement aura esté fait (art. 6).

Ursprünglich wurde zur Konstituierung der Reallast, ihrer Natur entsprechend, durchaus die Auflassung erfordert. Einige Rechte nehmen auch zur Zeit der Redaktion der Coutumes noch diesen Standpunkt ein[3]). Im allgemeinen aber wird er früh verlassen. Man ist den Formalitäten abhold. Denn man sieht in ihnen Zeichen einer unwillkommenen Bevormundung und Freiheitsbeschränkung[4]). In dem Drange, aus den feudalen Abhängigkeitsverhältnissen herauszutreten, werden sie bekämpft. Wie anderswo[5]) bleibt auch in Frankreich — nur hier besonders

---

[1]) Es gilt das für sämtliche Formen der Rente. Noch auf lange hinaus bedeutet diese Bestimmung ein Privileg für die Stadt Paris. Vergl. Warnkönig und Stein l. c. S. 583 N. 4. Viollet 690. Beaune 383. Es wird wohl auch vorgesehen, dass die Erwerber von Liegenschaften ihre Leistungsfähigkeit, die übernommenen Renten zu bezahlen, nachweisen müssen. Lettres von Jan. 1431 art. 1 und 2. Vergl. art. 5.

[2]) Vergl. art. 7: ebenso alle anderen charges réelles.

[3]) Warnkönig nnd Stein l. c., Beaune 383.

[4]) Grand Coutumier II 33 S. 325.

[5]) Vergl. Huber 705 f., 792, 804 und N. 25.

früh — vom alten Auflassungsakt nichts mehr als die Ausstellung einer Urkunde übrig. So sagt schon der grand coutumier:

Mais aucun peult bien faire dessaissine et soy dessaisir par lettres, ou par instrumens, ou devant tesmoings. Toutefois en accensement selon la coustume il n'est de necessité de aller au seigneur pour avoir la saisine, et sic non valet. Car ne prent saisine qui ne veut[1]).

Und wie weit das schon gediehen, zeigt eben die Bestimmung, von der wir ausgingen. Formen sollen beachtet werden, um die Öffentlichkeit der Belastungen herzustellen. Dabei sieht sich der Gesetzgeber bereits nicht mehr in der Lage, an das auf eigenem Boden geübte Fertigungsrecht anzuknüpfen. Es sollen vielmehr die Formalitäten des nantissement eingeführt werden, wobei übrigens diese Formalitäten in richtiger Erfassung der Sachlage als für die Existenz der Rechte essentiell bezeichnet werden.

Endlich noch folgende interessante Bestimmung:

Et se il advient que les propriétaires desdictes maisons et heritages soient ou aucuns d'eulx achatent ou autrement acquierent rentes dout ycelles maisons et heritages soient chargées et depuis ce ilz renoncent à ycelles maisons ou heritages, ou leur soient évincées par le moyen des criées du privilege aux Bourgois ou autrement, yceulx propriétaires pourront poursuir leursdictes rentes et les arrérages escheuz sur lesdictes maisons et heritages contre toutes personnes qui y prétendroient avoir rente, obligation ou charge à cause d'icelles, depuis qu'ilz y auront renoncé, ou qu'elles auroient esté évincées et eulx aidier de priorité, comme eussent peu faire les vendeurs d'icelles rentes, ou ung tiers et estrange personne, s'il eust acheté ou acquis lesdictes rentes, nonobstant quelconque confusion que l'en pourroit arguer ou objicer en ceste partie, et laquelle confusion nous ne voulons prejudicier à iceulx proprietaires en quelque maniere que ce soit. (Art. 7)[2]).

Der Eigentümer, der Renten zurückkauft, kann also das Rentenrecht — das zurückgekaufte — geltend machen, sobald

[1]) II, 19 S. 233, vergl. Eu, art. 208.
[2]) Lettres von Nov. 1441 art. 15.

er nicht mehr Eigentümer des Grundstücks ist, er kann es wie derjenige, der ihm die Rente abtrat, oder wie jeder andere Rentengläubiger, und die Konfusionseinrede hat er nicht zu fürchten. Somit erlangt hier die Eigentümerrente gesetzliche Anerkennung.

Zur Ergänzung des Bildes muss nun nur noch bemerkt werden, dass der Gläubiger seine Rente leicht veräussern konnte. Schon in königlichen Briefen aus dem Jahre 1409 heisst es, dass die Rentenberechtigten immer häufiger vendent icelles rentes à autres que à ceulx à qui lesdictes maisons sont[1]), sans ce que euls le sachent ne qui les ayent ou puissent avoir pour les deniers que icelles rentes sont vendues[2]). Auf den Willen des Eigentümers des belasteten Gutes wird keine Rücksicht genommen. Für ihn mag die Person des Berechtigten gleichgültig sein. Darum kann sie beliebigem Wechsel unterworfen sein. Und diese Möglichkeit erlangt ihre erhöhte Bedeutung in dem Umstand, dass das Recht in zuverlässiger Weise in dem ausgestellten Brief, in der lettre zum Ausdruck kommt. Die lettre ist vollgültiger Beweis des Rechtes. Der Erwerber des Rechtes braucht also bloss den Brief vorzuweisen. Auf das Recht des Vorgängers braucht er sich dann gar nicht mehr zu stützen.

In hypothecaria non est actoris probare quod suus predecessor possedit in rem quam, vel super quam, petit jus, scilicet usum, pecuniam vel redditum ad vitam, imo sufficit ostendere obligationem vel litteram obligatoriam[3]).

Hält man alle diese Bestimmungen zusammen, dann erhält man den Eindruck, es habe hier wirklich keines der wesentlichen Elemente gefehlt, die in ihrer Fortbildung unmittelbar zu einem durchaus modernen Grundpfandrecht hätten führen müssen Einflüsse von anderer Seite waren indessen mächtig genug, die Entwicklung in andere Bahnen zu lenken. Trotzdem sind reale Einwirkungen auf die Ausgestaltungen des

[1]) Auch bei diesem Rückkauf scheint nicht an eine Tilgung gedacht zu werden.

[2]) Es wird dann ein Retraktrecht des Eigentümers vorgesehen. Lettres von Karl VI, a. 1409 Ord. IX S. 482.

[3]) Coutumes notoires 29, Desmares 172.

neueren Hypothekenrechtes auch auf unserm Boden dem Gültinstitut nicht abzusprechen. Dazu folgendes.

Die rente foncière wird von der belasteten Liegenschaft selbst geschuldet. So sagt schon Desmares[1]).

Cens et rente sur aucun heritage, sont appellez debtes et charges reelles, mes que hon les demande comme arrerages, et que l'en tende affin que l'on soit condamné et contraint de les payer; aultrement seroit qui tendroit affin que le heritage fust dist et declarié estre chargié d'icelles rentes et cens. Ebenso sagt Loyseau von ihr[2]):

Elles different des debtes et obligations personnelles, lesquelles — ne sont pas toutefois debtes des heritages, et ne suiuent pas le detempteur de l'heritage vendu, mais elles demeurent en la personne de l'obligé — — Au contraire, les charges foncieres sont vrayement deuës par l'heritage, et le suiuent en quelques mains qu'il passe, pour estre payées par le nouveau detempteur d'iceluy: et apres sa mort elles ne passent point en son heritier, sinon en tant qu'il succede à l'heritage.

Dabei ist von einer Haftung des Grundstücks ursprünglich keine Rede. Es ist den Quellen immer nur um die Last, um die Leistung selbst zu tun, die sie eine Schuld des Grundstückes nennen[3]). Selbst bei einer Vergleichung mit der Hypothek hebt Loyseau nur diese Seite des Rechtes hervor:

Les charges foncieres different des simples hypotheques, en ce que l'hypotheque est une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose, pour confirmer et assurer la pro-

---

[1]) 277.

[2]) I 3, 9.

[3]) Denn nach der Haftung kann erst gefragt werden, wenn nicht nur der Schuldner die Rechte ablösen, sondern auch der Gläubiger sie kündigen kann. Vergl. noch Loyseau II, 5, 1 wo in Bezug auf die Ausdrucksweise des art. 99c. de Paris gesagt wird: Il n'est pas dit simplement „Les detempteurs des heritages obligez et hypothequez", comme en l'article suivant, qui parle de l'action hypothequaire; mais il est dit absolument „des heritages chargez et redevables" pour montrer qu'il est parlé de ces rentes-la, dont les heritages sont redeuables et non les personnes, à sçauoir des rentes foncieres, in quibus res non persona conuenitur. Ebenso sagt de Ferrière S. 213 von den Grundrenten: les heritages ne sont pas dits hypothequez à ces rentes, mais chargez de cens et rentes foncieres.

messe et obligation de la personne qui est debitrice: mais la charge foncière est une redeuance deuë proprement et directement par l'heritage, et non par la personne, et ce que la personne la paye, c'est à cause de la chose, non pour y estre obligée de son chef, pource que la chose qui est inanimée, ne la peut payer sans le ministere de la personne. Danach wird die rente foncière von dem Gute geschuldet, wie sonst eine Schuld vom debitor geschuldet wird[1]). Das soll heissen, dass die Grundrente eine durchaus selbständige Belastung der Liegenschaft ist und zwar ist es den Quellen nach ein dingliches Recht, um das es sich bei dieser Belastung handelt Telles charges sont réelles, et par tant elles suivent l'heritage qui les doit[2]). In einem Satz wird der dingliche Charakter der rente foncière und ihre Eigentümlichkeit als dette réelle, als Schuld des Grundstücks ausgesprochen. Wenn sich darin keiner der grossen Juristen von Dumoulin bis Pothier beirren liess, zeigt das, dass sie in der angedeuteten Weise verstanden sein wollten. Aus dieser Auffassung heraus erklärten sie die eigentümlichen Erscheinungen des Grundrentenrechts, vor allem das Déguerpissement. Der Eigentümer, dem die Reallast zu drückend erscheint, hat das Recht, das Grundstück zu derelinquieren.

Se aucun prend à cens une maison supposé qu'il s'oblige à payer la dite rente, c'est à entendre tant qu'il sera propriétaire de ladite maison et sur le lieu seulement et ne regarde et ne peut regarder la dite obligation fors seulement la dite maison par luy prise et accensée. Et puet iceluy propriétaire renoncier à icelle maison et par renonciation il est quite de la dite rente par payant les arrérages qui seroient échus au temps de la renonciation[3]).

In aller Schärfe führt dies Recht Loyseau auf die Natur der rente foncière als einer selbständigen Last des Grundstücks zurück.

---

[1]) Pothier und Merlin vergl. bei Duncker. Die Lehre von den Reallasten S. 26 f.

[2]) De Ferrière, commentaire sur la Coutume de Paris zu art. 99 S. 209.

[3]) Cout. notoire 171.

Puis que se sont les heritages qui sont vrayement redeuables de ces charges et que les personnes n'en sont tenues qu'à cause d'iceux, et en tant qu'elles les détiennent et possedent; pource que les heritages sont choses inanimées, qui ne peuunt ny receuoir l'action, ny faire le payement sans le ministere de la personne; il s'ensuit qu'abolissant par le déguerpissement la cause qui rend la personne tenuë de ces charges, à sçauvir le detention de l'heritage, l'effet sera osté et aboly quant-et-quant, qui est l'obligation de la personne. -- — Puisque par la prise et apprehension de l'heritage, le detempteur s'estoit lié au payement des charges en le requittant et delaissant il s'en puisse deliurer et desobliger.

Weil es sich um Leistungen aus der Liegenschaft handelt, befreit sich der Eigentümer durch Preisgabe der letzteren. So lange er aber Detentor ist, hat der Credirentier einmal die Hypothekarklage für sämtliche Rückstände. Denn die rentes et charges fonciere emportent et comprennent en soy le droit reel, de suite et d'hypoteque, qui donne la prelation ou preference à l'ancien Seigneur, sur le prix procedant de la vente de l'heritage qu'il a aliené et sur lequel il s'est reserué le cens et autre charge fonciere, par le moyen de laquelle action hypothequaire, le detempteur et proprietaire est tenu de payer, non seulement les arrerages escheus do son temps, mais aussi ceux eschcus auant sa detention et iouyssance[1]).

Und ferner steht ihm gegen den Eigentümer eine persönliche Klage zu. Es verlohnt sich, bei ihr einen Augenblick stehen zu bleiben. Art. 99 der Coutume de Paris bestimmt:

Les detempteurs et proprietaires d'heritages chargez et redeuables de cens, rentes, ou autres charges réclles et annuelles, sont tenus personnellement de payer et acquitter icelles charges, à celuy ou ceux à qui elles sont dûës, et les arrerages échûs de leur temps, tant et si longuement que lesdits heritages, ou de partie et portion d'iceux, ils seront detempteurs et proprietaires.

Die damit gegebene Klage wird von den Autoren action

---

[1]) Brodeau II S. 105.

mixte genannt[1]), denn sie sei, so wird ausgeführt, weder rein persönlich noch rein dinglich. Angestemmt wird die Klage beim persönlichen Gerichtsstand und nach der Verurteilung wird, soweit es nötig erscheint, auf das gesamte Vermögen des debirentier gegriffen. Anderseits geht die Klage nicht gegen den Erben desjenigen. der die rente foncière begründet hat. resp. sie geht es nur, soweit der Erbe die Liegenschaft übernimmt. Sie betrifft ferner nur die Renten, soweit sie während der Innehabung des Gutes durch den Beklagten fällig wurden. Endlich ist die Dauer der Verjährungsfrist wie bei der Pfandklage geregelt[2]). Diese Klage erscheint also fort approchée des réelles[3]). Ja Brodeau sagt von ihr, sie sei personnelle en sa denomination, mais reelle ou à demy reelle, quant au subiect[4]), ferner elle prouient et prend sa source de l'action hypothequaire, de laquelle elle est accessoire et dependante, ou quoy que ce soit, concourt toujours auec elle, semble mesme estre subsidiaire ou subrogée en son lieu[5]).

Dazu muss man nun noch die Rechtfertigung, welche die Theoretiker der Klage werden lassen, anhören. Die Coutume komme zu dieser Klage en feignant, que des l'instant de sa detention, il a contracté auec le bailleur de l'heritage, créancier de la rente fonciere, et s'est obligé personnellement luy payer tous les arrerages, qui courrerunt pendant le temps de cette detention[6]). Indessen wird dieser Fiktion nicht weiter nachgegeben. Die Klage wird anders erklärt. Loyseau fährt fort, nachdem er die Rente als eine Realschuld charakterisiert hat: Et toutefois elles produisent action personnelle, pource que par necessité, puis qu'elles sont perceptibles par les mains et le ministere de la personne, il faut s'adresser à celuy

[1]) Ferrière I S. 205. Loyseau II. 11. Vergl. Dareste de la Chavanne Du délaissement hypothécaire Thèse Paris, 1875 S. 94. Die Eigentümlichkeiten dieser Klage übersieht Buche, Essai sur l'ancienne Coutume de Paris, Nouvelle Revue hist. de dr. fr. et étr. VIII, 1884 S. 330.

[2]) Loyseau II, 7, 1 f. Brodeau S. 100 f.

[3]) Loyseau II, 7, 11.

[4]) S. 100.

[5]) S. 102. Deshalb ist sie auch unteilbar. S. 103, Loyseau II, 11, 1 f.

[6]) Brodeau S. 100, Quasi ex contractu sei der detentor zur Zahlung angehalten. de Ferrière II 209.

qui tient l'heritage chargé et redeuable pour estre payé de la rente[1]).

Ganz besonders scharfen Ausdruck verleiht de Ferrière dieser Auffassung: La raison en est claire et sans replique; sçavoir que ces rentes sont dûës par les heritages, d'òu il s'ensuit que les fruit provenans d'iceux doivent servir à les acquitter, ainsi celuy qui les a perçûs quoy qu'il ignorât qu'ils étoient chargez desdites rentes, s'est tacitement obligé personnellement de payer les arrerages desdites rentes par la perception des fruits; d'autant que le payement des arrerages de ces rentes est une charge des fruits.

Die Liegenschaft also ist's, die die Rente schuldet und zwar notwendigerweise aus ihren Erträgnissen. Diese aber gehen durch die Hand des Besitzers. Er percipiert die Früchte. Also scheint es geboten, ihn für diese „charge des fruits" haften zu lassen. Ayant pour son fondement et son principe la perception et iouissance des fruicts, qui oblige personnellement le propriétaire et detempteur au payement et acquit des charges de l'heritage, les quelles par consequent doivent estre portées par tous les detempteurs conuenus personnellement, non en vertu d'aucun contract, submission, ou obligation par eux passée, mais seulement à cause de la detention[2]).

Demnach ergibt sich aus dem bisher Gesagten, dass die Renten von der Liegenschaft geschuldet werden: dette réelle. Dazu tritt für den jeweiligen Besitzer eine abgeleitete „Realobligation" in Hinsicht auf die Zeit seines Besitzes und die während des letzteren fälligen Leistungen. Die Liegenschaft „soll" dieselben[3]). Aber gerade deshalb „soll" sie auch ihr Eigentümer[4]). Und diesem accessorischen Sollen — warum nicht für das prinzipale des Grundstücks selbst, wird sich noch erweisen — ist die Haftung des Grundstückseigentümers zur Seite gestellt Auf die Behandlung der Rückstände aus

[1]) II, 5, 1.

[2]) Brodeau 102.

[3]) Vergl. oben S. 181.

[4]) Vergl. oben S. 183.

Leistungen, die unter einem früheren Besitzer fällig wurden, ist weiter unten einzugehen.

Noch die jüngeren Rechtsquellen lassen also über die Dinglichkeit und Selbständigkeit der mit den rentes foncières gegebenen Belastungen gar keinen Zweifel aufkommen.

Wenn wir nachdrücklich darauf hinweisen, so geschieht dies, wir gestehen es, in Hinsicht auf Erscheinungen, wie sie in der Diskussion über das Wesen der Grundschuld neuerdings zu Tage getreten sind. Dieser Frage kann erfolgreich nur auf der richtigen historischen Basis nähergetreten werden. Und diese liegt, dabei nicht einmal bloss für die Grundschuld, sondern auch für wesentliche Teile des modernen Hypothekarrechts i. e. S. des Wortes, im alten Rentenrecht. Unsere Quellen kennen nun freilich auch noch eine andere Auffassung der Rente, als wie wir sie bis jetzt namhaft gemacht haben. Aber diese abweichende Auffassung gilt der rente constituée. Dabei muss nun aber hervorgehoben werden, dass ursprünglich ihrem Wesen nach die konstituierte Rente durchaus dasselbe Recht darstellte wie die vorbehaltene, die rente foncière. Elle imita les rentes foncières [1]. Erst die Romanistik hat eine völlige Wandlung der Anschauungen herbeigeführt. Sie vollzieht sich im 16. Jahrhundert [2].

Nun erscheint allerdings die Person, welche die Rente errichtet, als Schuldnerin. Zur Sicherung des Gläubigers wird ein Spezial- oder Generalpfandrecht errichtet [3]. Dabei sind die jüngeren Autoren dem „Assignat", demzufolge die Rente auf ein bestimmtes Grundstück gelegt werden soll, nicht hold [4]. L'assiguat n'induit pas une condition ou restriction, mais une simple demonstration, pour plus grande facilité du payement [5]. Loyseau berichtet: on s'est enfin accoustumé d'obmettre cette ceremonie d'assignat et de constituer ces rentes à

[1] Loyseau I 9, 19. Vergl. vor allem Warnkönig und Stein II 586.

[2] Das nähere bei Beaune 382 f., Glasson VII 324, Viollet, Warnkönig und Stein II 587.

[3] Loyseau I 6, 1; I 9, 19; IV 4, 4. Der Errichter der Rente haftet persönlich. I 9, 19.

[4] Man habe die Rente früher nur darum so konstituiert, qu'elle se reculât des usures Romaines. l. c.

[5] Loyseau I 9, 19.

prix d'argent, generalement sur tous les biens du debiteur [1]). Doch anderswo meldet er anders, dabei bedauernd, dass von dieser Art der Rente, vraiement bastardes et motoyennes entre les rentes foncieres et les rentes volantes sont indubitablement suruenues toutes les difficultez qui se retrouvent auiourd'huy en nostre Droict français et toutes les varietez et contrarietez ...... pource qu'aucunes Coustumes ...... ont égalé les rentes constituées aux rentes foncieres, les autres les ont retenües aux bornes de simples hypotheques [2]) — --

Es werden hier Schwierigkeiten erwähnt und angedeutet, dass sie ihren Grund darin hatten, dass die Coutumes zu der reinlichen Scheidung zwischen rente foncière und rente constituée nicht gelangen konnten. Und das ist erklärlich. Erst durch die romanistische Doktrin erhält die letztgenannte Rentenart ihren persönlichen Charakter. Es wäre erstaunlich, wenn die Theorie auf der ganzen Linie Sieger geblieben wäre, um so mehr, als sich eine wenigstens teilweise gleiche Behandlung beider Renten schon aus dem Umstande empfahl, dass sie im Einzelfall häufig genug gar nicht mehr auseinanderzuhalten waren. In der Tat verwischen sich denn auch die Grenzen in der rechtlichen Auffassung und Behandlung derselben aufs mannigfachste. Grundsätze, die nur der Eigenart der einen Rente entsprachen, wurden auch auf die andere angewendet. So blieb die rente foncière vielfach vorbildlich. Schon ein Blick auf den Wortlaut der Artikel 99 und folgende der Coutume de Paris bestätigt dies. Nirgends eine scharfe Scheidung, überall ein Zusammenwerfen der Institute in einer Art, die der genaueren Erfassung geradezu unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstellt. Und: notamment de là est venu ce que plusieurs Coutumes ont attribué l'action personnelle aux simples rentes volantes à l'encontre du tiers detempteur.

Art. 100 bestimmt nämlich: Et s'entendent chargez et redevables, quand lesdits heritages sont specialement obligez, ou qu'il y a generale obligation sans specialité, ou qu'il y a clause que la speciale ne déroge à la generale, ny la generale à la speciale;

---

[1]) II 6, 13. Es sind dies die rentes volantes, courantes.

[2]) I 9, 24.

esquels cas le detempteur est tenu personnellement desdits arrerages.

Die persönliche Klage, um die es sich hier handelt, ist die action mixte des art. 99. Von ihr wissen wir, dass sie aufs engste mit dem Charakter der rente foncière als einer selbständigen dinglichen Belastung des Grund und Bodens zusammenhängt[1]). Und doch soll diese Klage nun auch dem Gläubiger der rente constituée zu Gute kommen. Man hört nun freilich gelegentlich das Urteil, dieser Artikel sei „absurde et impertinent" nnd der Kommentator fügt bei: et il ne faut pas s'y arrêter[2]). Aber andere wissen denn doch, dass toutefois, puis que la loy est écrite clairement, bien qu'elle soit rude, il la faut garder. Dabei entgeht es ihnen keineswegs, dass diese Klage ihren Ursprung im Gebiet der Grundrente hat[3]). Es wird deswegen geradezu nach einer neuen Erklärung gesucht. So betont Brodeau[4]) que l'assignat n'emporte point alienation de l'heritage et ne puisse estre dit charge fonciere, ne donnaut qu'un simple droit de suite et hypotheque sur l'heritage obligé, mais non contre la personne, pour user de contrainte en ses propres biens et l'action personnelle au cas de l'assignat n'est point donnée comme pour une rente fonciere, doch die Erklärung, die in der Fortsetzung gegeben wird, lautet nur: mais à cause de la specialité de l'hypotheqne. Denn tel assignat induit hypotheque speciale et en consequence de ce, obligation personnelle en la personne du detempteur. Auch diese Wendung[5]) bestätigt also nur, dass von der Seite des Grundrentenrechtes her eine tiefgreifende Beeinflussung des Grnndpfandrechtes stattgefunden hat. Allerdings hebt Brodeau[6]) hervor, dass in dem Fall der Sicherung einer simple dette pour une fois payer die besagte persönliche Klage nicht statthabe. Da es sich bei letzterer nur um die wiederkehrenden Leistungen handelt, ist dies freilich richtig, sowcit die für eine Schuld errichtete

[1]) Vergl. oben S. 183.
[2]) de Ferrière II S. 213.
[3]) Vergl. oben S. 181 f. und Loyseau II, 1, 18.
[4]) S. 103 f.
[5]) Bei welcher es zudem irrtümlich war, nur von der Spezialhypothek zu sprechen.
[6]) S. 104.

Hypothek dem bis 1789 von Staatswegen geltenden Verbot des Zinsennehmens entsprechend nur das Kapital selbst sicherte. Indessen sind doch Fälle bekannt, in welchen auch das Zinsennehmen von den Gerichten geschützt wurde uud unter dieser Voraussetzung ist es kein Zweifel, dass der Hypothekargläuber für die Zinsen die Klage aus Art. 100 gegen den Inhaber des verpfändeten Grundstücks erheben konnte. Denn bei der rente constituée ist das Verhältniss des Rentengläubigers durchaus das nämliche. M. a. W. auch er ist dem Drittbesitzer gegenüber vor allem Hypothekargläubiger Dies entspricht wenigstens der romanistischen Auffassung. Deswegen ist es durchaus richtig, wenn Loyseau sagt: l'article 100 étend l'action personnelle aux simples hypotheques[1]. Und von dieser ganzen Skala der Beeinflussung sagt er: On n'a iamais nettement distingué les rentes constituées par assignat, ou par simple hypoteque, et ce point n'y fut iamais bien éclairey, mais on ne laissoit user à un chacun selon la conscience, à cause du scrupule qui en pouuait naistre Mais dautant que les rentes en assignat estoient les plus communes et les plus usitées le temps passé, les effets et decisions des rentes volantes leur estoient adaptées: et pource que d'ailleurs l'on attribuoit à l'assignat presque la même nature des charges foncieres, il est arriué a primo ad ultimum, de degré en degré et per brevissimas mutationes, que l'on a confondu les rentes foncieres auec les constituées à prix d'argent et que l'on a attribué mêmes effets aux rentes volantes qu'aux pures rentes foncieres. En quoy il y'a double erreur: le premier, que l'on a confondu l'assignat auec le droit foncier .... l'autre que l'on a voulu attribuer à la simple hypotheque speciale, et mesme aucunefois à la generale, les effets erronement attribuez à l'assignat[2]. Ganz richtig wird der Einfluss der Assignation darauf zurückgeführt, dass dies ursprünglich die häufigere Form gewesen sei. In gleicher Weise muss nun aber gesagt werden, dass die Hypothek in den häufigsten Fällen als Sicherung einer Rente erschien. Das war ihr häufigster Anwendungsfall. So wollte es gerade die romanistische Auffassung der bestellten

[1] II 6, 3.
[2] II 6, 15.

Rente. In diesem Sinne nennt Loyseau die Renten les plus frequentes et auantageuses hypotheques de France[1]). Deshalb aber auch die Beeinflussung des Grundpfandrechtes durch das Rentenrecht. Nach Auffassungen, die diesem letzteren eigentümlich sind, wird die Hypothek behandelt, die die Rente sichert und damit notwendigerweise die Hypothek überhaupt, soweit dies nur möglich schien.

Nur so ist die Hypothekarklage unserer Quellen zu erklären. Die Coutume de Paris gibt dieselbe in art. 101: Les detempteurs et Proprietaires d'aucuns heritages obligez ou hypothequez à aucunes rentes ou autres charges réelles ou annuelles, sont tenus hypothequairement icelles payer, avec les arrerages qui en sont dûs; à tout le moins sont tenus iceux heritages delaisser, pour estre saisis et adjugez par Decret au plus offrant et dernier encherisseur, à faute de payement des arrerages qui en sont dûs, sans qu'il soit besoin discussion. Zwar ist hier nur von periodisch wiederkehrenden Leistungen, insbesondere von den Renten die Rede. Doch versichern die Interpreten ausdrücklich, dass dies die bei jedem Grundpfand gegebene Klage sei. Die in der Coutume gebrauchte Wendung enthält precisément la conclusion dont nous usons en France en l'action hypothequaire[2]). Auch darüber herrscht Gewissheit, dass diese Klage die actio quasi Serviana nicht ist[3]). Diese letztere bedeutete eine pignoris vindicatio. Sie ging auf ein tradere jure pignoris. Ganz anders das französische Recht. Hier geht das Petitum keineswegs auf Gestattung der Exekution. Mais en France l'on renverse ordinairement cet ordre, et l'on conclut que les détenteurs soient tenus hipotécairement de paier, ou en tout cas de délaisser l'heritage pour être vendu par decret; ou bien pour faire déclarer l'heritage afecté ou hipotéqué au créancier, de quelque nature que puisse être la dette, soit une redevance foncicre ou une rente, ou une simple dette[4]). Sondern

[1]) I 3, 13. Vergl. Basnage S. 39.

[2]) Loyseau III, 4, 1 vergl. III, 3, 3, 11, Brodeau S. 105, Basnage 417, 418.

[3]) Doch erlitt das délaissement eine romanistische Auffassung, vergl. vorl. N. 3.

[4]) Basnage 416.

die Klage geht auf Leistung. Die rückständigen Renten und Zinsen sollen gezahlt werden. Zugleich soll der Besitzer der Liegenschaft einen neuen Titel ausstellen[1]). Dieser verschafft etwelche Sicherheit für die künftig fälligen Leistungen, da er den Aussteller persönlich hafthar macht. In Ermangelung alles dies aber soll der Innehaber das Grundstück preisgeben. Die Klage geht, in kurzer Formel, auf payer ou délaisser.

Dabei ist einleuchtend, dass die Erklärung Basnage's, wonach die Reihenfolge im Petitum die umgekehrte als im römischen Rechte sei, überhaupt keine Erklärung ist. Davon kann schon nach dem Inhalt der römischen Klage keine Rede sein. Doch auch Loyseau, der findet, es sei für einen „Legiste" mal aisé à entendre ce que c'est à dire „hypothequairement payer sucht in ähnlicher Art die Klage wenn nicht zu entschuldigen, so doch in ihrer Existenz hegreiflich zu machen. In Unkenntnis des Ursprunges und der Form der Klage — L. denkt an die römische Pfandklage — habe man, en mettant la charrue deuant les boeufs, vorangestellt, was im Gegensatz zur Ohligation eine hlosse facultas gewesen sei[2]).

De Ferriere nennt die Klage geradezu eine gemischte. Nach ihm ist eine actio realis mit einer actio in rem scripta verbunden und zwar in dieser Weise: le demandeur conclud en cette action personnellement contre le detempteur ou possesseur d'un heritage pretendu affecté et hypothequé pour quelque dette, charge réelle ou autre redevance annuelle, à ce qu'il soit condamné à luy passer titre nouvel de la rente pretenduë, payer les arrerages èchûs de son temps, et continuer à l'avenir — en quoy cette action est personnelle — sinon et à faute de quoy être condamné à délaisser et abandonner l'heritage pour la dette de son auteur, ou pour une charge réelle, et c'est en cela que consiste la realité de cette action[3]). Soweit die Klage also auf Zahlung geht, soll sie persönlich, soweit sie auf délaisser geht, dinglich sein. Doch nichts erhärtet diese ganz verschiedene Richtung, die schon darum nicht anzunehmen ist, weil es sich um Teile ein und

[1]) Vergl. Brodeau S. 106, 107. Loyseau III, 4, 5 f. de Ferriere 205.
[2]) III, 4, 7.
[3]) S. 205.

derselben Klage handelt. Ferner gibt es Coutumes, die in der Hypothekarklage nur vom Zahlen reden[1]. Sollten diese Rechte nur die obligatio in rem scripta kennen? Dies widerspricht aber bereits der Auffassung de Ferrierès. Denn nach ihm ist die dingliche Seite der Klage die Hauptsache, die persönlichen Momente sind bloss accessorisch[2]). Er denkt also zunächst an eine Hypothek im römischen Sinne. Aber woher und wozu dann noch die persönlichen Elemente. Peut-on condamner à payer celuy qui n'a rien promis, qui n'a point contracté, et qui n'est point obligé[3])? Wäre dies möglich und fände es wirklich statt, dann sehen wir vor uns eine neue Auflage der Klage aus art. 99. Da wir diese actio bereits kennen, wäre damit bereits nachgewiesen, wie sehr die Anschauungen auf dem Gebiet des Grundpfandrechts durch das Rentenwesen bestimmt worden sind. Doch eine derartige Annahme verbietet sich. Der Drittbesitzer haftet nicht[4]). Die Klage ist wirklich die dingliche, die Hypothekarklage[5]). Aber woher denn der merkwürdige Inhalt? Die Fassung des art. 101 cit. deutet bereits die Lösung an. Die Klage aus dem Grundpfandrecht ist die Klage aus der Grundrente — aus der „Grundschuld“ unserer Quellen. Die rente foncière ist die selbständige Belastung eines Grundstücks. Es ist nach der Auffassung der Zeit der Träger, das Subjekt der Leistung. Infolge der physischen Unmöglichkeit soll der Besitzer leisten: „Realobligation“ im Sinne eines an den Besitz geknüpften, abgeleiteten, aus der dette réelle des Grundstücks sich ergebenden Sollens. Das Recht gibt auch die Mittel an die Hand, um gegen den Besitzer vorzugehen. Nach unseren Quellen ist es die persönliche Klage, die ihm droht[6]). Doch der credirentier braucht diese Klage nicht zu erheben. Er kann vielmehr mit der dinglichen Klage die dette

[1]) Loyseau III, 4, 7.

[2]) S. 206.

[3]) Loyseau III, 4, 2.

[4]) Ausser soweit dies in der persönlichen Klage zum Ausdruck kommt, vergl. oben S. 188.

[5]) Vergl. Brodeau S. 106.

[6]) Doch nur wenn es sich um eine Hypothek handelt, die eine Rente sichert vergl. das über art. 99 Gesagte. Denn nur hier tritt zur „Realobligation“ eine persönliche Haftung.

réelle einklagen, Zahlung[1]) aus dem Grundstück verlangen. Nichts vermag schärfer die zu Grunde liegende Anschauung widerzuspiegeln[2]). Dieselbe entspricht dem Wesen der rente foncière. Da man aber ursprünglich die rente constituée nicht anders auffasste, war auch ihre Klage die nämliche. Mit der dinglichen Klage wird Zahlung verlangt. Par le moyen de l'action hypothequaire le detempteur et proprietaire est tenu de payer, non seulement les arrerages escheus de son temps, mais aussi ceux escheus auant sa detention et iouyssance, lesquelles arrerages precedens ne peuuent pas estre demandez par l'action personnelle[3]). Zu der Zahlung kommt aber noch ein Zweites. Der Besitzer soll zahlen und passer titre nouvel. Denn en cet endroit nostre article a obmis le plus notable, le plus utile et le plus difficile poinct de la conclusion de l'action hypothequaire et qui a lieu tant aux rentes foncieres qu'aux constituées: à sçauoir que se tiers detempteur de l'heritage chargé ou l'obligé à une rente, est tenu de passer titre nouvel d'icelle[4]). Dieser Titel porte clause de payer tant et si longuement qu'il sera detempteur, et à cause de cette promesse et submission de payer, il s'appelle guarantigé[5]). Er macht den Besitzer mit seinem ganzen Vermögen haftbar. — Diesen Wirkungen kann der letztere nur entgehen, wenn er die Liegenschaft preisgibt. Das ist, was er à tout le moins tun muss[6]) nach der Ausdrucksweise von art. 101.

Die Klage verlangt also wenigstens das délaissement. Auch dieses ist auf der Basis des Reallastenrechts ausgebildet worden. Der Erwerber einer mit Reallasten beschwerten Liegenschaft kann deguerpir. Ein analoges Institut, das demselben Zwecke dienen soll, existiert nun auch für die konstituierten Renten: das Délaissement. Dieses sowohl als das déguerpisse-

[1]) Und zwar, so weit es sich um Renten handelt, nicht nur der unter dem jetzigen Besitzer fällig gewordenen (wie dies bei der persönlichen Klage der Fall ist), sondern auch die älteren Rückstände. Vergl. Text zu folgender Note.

[2]) Vergl. noch unten S. 195.

[3]) Brodeau S. 105.

[4]) Loyseau III, 5, 1.

[5]) Loyseau III, 5, 4.

[6]) Über dies Müssen vergl. S. 195.

ment se fait pour éviter d'estre tenu des rentes au temps à venir, et qu'en l'un comme en l'autre le creancier delaisse et abandonne l'heritage[1]). Deswegen hielt man sie auch nicht auseinander. Nous confondons d'ordinaire le déguerpissement avec le délaissement par hypotheque[2]). Es ist dies umso bedeutungsvoller und umso charakteristischer, als die Wirkungen beider doch ziemlich verschieden waren. Insbesondere bedeutet das déguerpissement Aufgabe des Eigentums, welches der Rentengläubiger an sich ziehen kann. Dagegen verzichtet der Delaissierende zunächst nur auf den Besitz[3]), quitte seulement la possession, et en demeure proprietaire et seigneur, iusques à ce que l'heritage soit vendu par decret[4]), womit bereits gesagt ist, dass der Rentengläubiger in diesem Falle n'en est point rendu proprietaire ny possesseur, parce qu'il n'est que simple creancier hypothequaire[5]).

Trotz dieser und anderer Unterschiede werden, wie gesagt, doch beide Institute — auch in der Ausdrucksweise der Coutumes — zusammengeworfen. Selbst Loyseau findet, der hauptsächlichste Differenzpunkt liege darin, dass das déguerpissement bei den Grundrenten, das délaissement bei den Hypotheken zur Anwendung komme[6])! Dabei geht er jedoch mit vollem Recht davon aus, dass auch das délaissement sich auf dem Gebiet des Rentenrechts gebildet habe. Es wird sein Zweck ausdrücklich dahin bestimmt, dass es die Rentenlast abwende — nämlich vom Drittbesitzer der Liegenschaft. Sie erscheint also nicht nur als Unterpfand, sondern, trotz den gegenteiligen Theorien, immer noch als Subjekt der Leistungen. Deshalb die Anwendung der persönlichen Klage aus art. 99 Cout. de Paris auch bei der rente constitué. Deshalb auch das délaissement:

---

[1]) I 2, 13.

[2]) Brodeau S. 111.

[3]) Nichtsdestoweniger wird auch hier Veräusserungsfähigkeit des Delaissierenden verlangt. Vergl. Dareste de la Chavanne cit., S. 105. Auch kann der letztere, trotzdem er bloss den Besitz preisgibt, beim Verfahren par decret Hypotheken geltend machen, die er auf dem Grundstücke hatte, bevor er dasselbe erwarb. Vergl. Loyseau VI 7, 7; Brodeau S. 111.

[4]) Loyseau I 2, 13, VII 7, 1.

[5]) Brodeau S. 111.

[6]) I 2, 13.

Pour ce qu'en France aux dobtes successives, comme aux rentes constituées dont le sort n'est exigible, pour plus facile exaction des arrérages, on a inventé une manière d'obligation personnelle anormale et irregulière, dont est chargé le tiers acquéreur de l'heritage hypothéqué à icelles, en tant qu'il perçoit annuellement les fruicts d'iceluy, qu'on imagine estre destinez pour le payement annuel de la rente: pour eviter cette action, on fait ordinairement le delaissement par hypotheque auparauant que d'estre condamné, et en ce faisant on s'en exempte, pource qu'elle n'est fondée sur aucune promesse et obligation du detempteur, mais seulement sur la detention et la perception des fruits; et partant il s'en sauve en quittant cette detention et laissant perceuoir les fruits à un commissaire ou curateur [1]).

In richtiger Weise wird hier das délaissement als ein Recht des Besitzers dargestellt, das er anwenden kann. Aber eine Pflicht ist dies délaissement nicht. Es wird bereits aufgefallen sein, dass nach der Formulierung der Pfandklage allerdings die Auffassung dahin zu gehen scheint. Aber wie bereits bemerkt, gibt es Rechte, in welcher die Hypothekarklage nur auf Zahlen geht. Erfolgt diese Zahlung nicht, kann der Obsiegende in die Liegenschaft exequieren. Nicht anders aber ist es, genauer besehen, im Pariser Recht. Ausdrücklich hebt Loyseau hervor, dass es zur Realisierung des Pfandrechts einer derartigen Preisgabe gar nicht bedürfe: quand il est seulement question d'une debte à une fois payer il n'est point besoin que le tiers détenteur en estant poursuivy offre de luy-même délaisser l'héritage par hypotheque; ains après qu'il aura esté déclaré hypothéqué à la debte, c'est au créancier de le faire saisir si bon luy semble. Dies entspricht durchaus der historischen Entwicklung. Die Preisgabe ist ein Recht des Drittbesitzers. Wenn die Autoren gelegentlich eine andere Auffassung vertreten, geschieht dies infolge einer völlig falschen Auffassung der Wirkungen der römischen Pfandklage. Sie habe den Drittbesitzer zur Preisgabe gezwungen, welcher er sich nur durch Zahlung habe entziehen können. In diesem Sinne wird dann auch die französische Pfandklage zu erklären ver-

[1]) Loyseau VI 7, 2. Vergl. III 5, 15.

sucht (vergl. oben S. 191 f.). Historisch allerdings völlig unzulänglich. Die geschichtliche Bedeutung der Bestandteile in der Pfandklage ist nämlich derjenigen gerade entgegengesetzt, die diese Doktrin ihnen zukommen lässt.

Wie für das délaisser, gilt dies auch für das payer. Bei Betrachtung der vorbehaltenen Rente haben wir gesehen[1]), dass diese Rente von dem Grundstück geschuldet wird. Daraus leitet sich eine Realobligation ab, derzufolge der Besitzer die während seines Besitzes fälligen Renten leisten soll. Die Rechte gehen soweit, für diese Realobligation den Besitzer persönlich haften zu lassen. — Für diese Realobligation. Denn augenscheinlich besteht noch eine zweite, weitergehende. Sämtliche Rückstände, also auch diejenigen, für welche der Besitzer nicht haftet, bilden einen Bestandteil der dette réelle. Diese aber ruft auch hier, also in ihrem ganzen Umfange, der Realobligation. Alles, was die Liegenschaft leisten soll — dette réelle — schuldet der Eigentümer: „Realobligation". Nicht soweit aber reicht die Haftung desselben. So erklärt sich die hypothekarische Klage: Indem sie auf Zahlung der ganzen fälligen Rentenschuld geht, verrät sie die auf Grund der selbständigen dinglichen Belastung existent gewordene Schuld, Realobligation des Besitzers, in ihrem Gesamtumfange. Doch haftet für dieselbe ausschliesslich die Liegenschaft. Ihrem Effekte nach geht denn auch diese Klage nur auf Anerkennung und Eröffnung der Realisierung dieser Haftung. Diese Vorstellungen, die dem Recht der vorbehaltenen Rente entsprechen, durchziehen also auch das Institut der bestellten Rente und sind einflussreich genug, um das Hypothekarrecht schlechtweg in Mitleidenschaft zu ziehen, indem sie die Form der Pfandklage bestimmen und das délaissement als ein Institut des Pfandrechts erscheinen lassen.

Endlich bleibt noch die exceptio discussionis zu erwähnen. Der Platz, der ihr eingeräumt wird, ist ein Kriterium des Selbständigkeitsmasses, mit welcher die einzelnen Rechte das Grundpfandrecht ausgestattet haben. Von vornherein ist zu bemerken, dass zahlreiche Coutumes die Diskussion in

[1]) Oben S. 185.

weitestem Umfange anerkennen[1]), und die Doktrin spricht notwendigerweise für alle Rechte, die die Frage nicht regeln, dieser Lösung das Wort. Doch geschieht dies nicht ohne Schwanken für den Fall der Spezialhypothek[2]), von welcher Loyseau[3]) gelegentlich geradezu sagt: nous avons attribué l'estre et la situation des rentes constituées[4]). Manche Coutumes gestatten die Einrede denn auch ausdrücklich nur im Falle einer Generalhypothek[5]). Endlich fehlt es aber auch nicht an Rechten, welche dieselbe sogar einem Generalpfandrecht gegenüber versagen[6]).

¹) Loyseau III 8, 3. Clermont 38, Châlons art. 131. Auxerre 194, Sedan tit. 13 art. 64; vergl. Basnage 423.

²) III 8, 4 f.

³) III 8, 7.

⁴) Vergl. Brodeau S. 109. Dort wird auch darauf hingewiesen, dass der Ausschluss der Diskussion wegen der mangelnden Publizität ungerecht wirke. Il n'est pas juste, d'inquieter un tiers detempteur, acquereur de bonne foy, qui a ignoré la rente ou la debte. — — Dieser Umstand liess Loyseau auch die Ausdehnung der persönlichen Klage aus art. 99 C. de Paris verhängnisvoll erscheinen. Il resulte de la Coutume de Paris une absurdité du tout insupportable. Es gebe keinen Seigneur mehr, dessen Liegenschaften nicht schwer belastet seien. Jene befänden sich „en perpetuelle interdiction de tous leurs biens". Denn man hüte sich wohl, Liegenschaften zu kaufen, auf denen unbestimmt viele Renten liegen, für die man nach dem Erwerb persönlich haftbar werde. Das déguerpissement sei schliesslich doch nur ein schwacher Notbehelf, bei dem es ohne Schädigung nicht abgehe. Einen Verkauf auf dem Wege des decret (volontaire) gingen aber die Seigneurs nie ein, denn dann kämen sie ja nimmer zu Geld, der Verkauf hätte also den Zweck verfehlt. Loyseau's Raisonnement ist einleuchtend. Wenn trotz des Mangels der Publizität der Erwerber doch persönlich belangt werden konnte, wenn ferner die Rechte trotzdem die exceptio discussionis abwiesen, so zeigt das nur, wie mächtig sich immer noch deutschrechtliche Auffassungen geltend machten. Sie waren freilich derartig, dass sie zu ihrer konsequenten Durchführung der Publizität bedurften. Das ist die Luft, in der allein sie gedeihen können. Es unterliegt keinem Zweifel, dass trotz der Rezeption die neuere französische Hypothek eine Reallast bedeutete, wenn nicht die Emancipationsbewegung gegen den öffentlich-rechtlichen als feudal und contumiär von den Bürgern und romanistischen Juristen befeindeten Formalismus so früh und so durchschlagend von Erfolg gekrönt gewesen wäre.

⁵) Loyseau III 8, 2. Sens art. 134. Tours art. 217. Orleans 436.

⁶) Loyseau III 8, 1. Cambray, titre des rentes; Perche, art. 205; Auvergne, titre des executions, art. 3 und 4; Marche art. 391; Anjou, art. 475; Dourdan tit. 3, art. 55; Brodeau cit, Basnage cit., Perche tit. XI, a. 205.

Charakteristisch für den Gang der Entwicklung ist auch in dieser Frage wiederum die Coutume de Paris. Sie bestimmt das Recht für die konstituierte Rente wiederum nach den für die rente foncière geltenden Grundsätzen. Obschon also formell der Standpunkt eingenommen wird, dass es sich bei der ersten um eine persönliche Forderung handle, für die eine Hypothek begründet worden sei, wird doch nicht das römische Hypothekar-, sondern das Reallastenrecht für die Lösung der Frage herangezogen. Es ist gleichgültig, ob die Hypothek generell oder speziell ist. Dem Kläger steht die Exception nicht entgegen — wenn er nur Rentengläubiger ist. Immer wieder wird also die Forderung entscheidend für die Behandlung der Hypothek — immer wieder ein Beweis für die intensive Nachwirkung deutschrechtlicher Ideen. Im Falle der ein Kapital sichernden Hypothek soll dem Drittbesitzer stets das beneficium excussionis zustehen [1]). Denn der Wortlaut von Art. 100 gestattet der romanistischen Doktrin, diese Einschränkung durchzusetzen [2]). Nach dem früher Gesagten wissen wir, dass die Bedeutung derselben geringer ist, als sie scheint. Und dies erhält noch seine erhöhte Richtigkeit, wenn man der interessanten Tatsache eingedenk ist, dass die Coutumes, die die Diskussion nicht ausschlossen, sie doch mit unverholener Missgunst behandelten. Der Drittbesitzer, der von ihr Gebrauch machen wollte, musste nicht nur die schuldnerischen Güter nachweisen, in die der Gläubiger exequieren könne, sondern er musste es sich gar gefallen lassen, dass die Diskussion auf seine Kosten und Gefahr statthabe [3]).

Wir gelangen demnach zu folgendem Ergebnis. Vom 16. Jahrhundert ab gelten die rentes constituées ganz allgemein als persönliche Forderungen und Schulden. Zu ihrer Sicherung wird regelmässig eine Hypothek bestellt. Mit dieser Auffassung hat die romanistische Doktrin einen unbestrittenen Sieg errungen.

---

[1]) Loyseau III 8. 32.

[2]) Brodeau S. 108.

[3]) Basnage 419, 420. Vergl. Allard: Droit et obligations du tiers détenteur en matière hypothécaire Paris 1875 S. 11. Bei der dargestellten Auffassung der rente constitué war es nur folgerichtig, wenn beispielsweise Laurière zu art 101 C. de Paris die Diskussion ausgeschlossen wissen wollte. Aber es unterliegt keinem Zweifel, dass er damit gegen den Wortlaut der Coutume verstiess.

Doch nur in der Theorie. In der Praxis erhalten sich, dem romanistischen Gewande zum Trotz, die koutumiären Anschauungen mit einer Zähigkeit ohne gleichen. Selbst der bewundernswerte Apparat der gelehrten „Legisten" täuscht nicht darüber hinweg: In der tatsächlichen Rechtsanwendnng ist die konstituierte Rente nach wie vor eine Reallast[1]). Die Gestattung der persönlichen Klage gegen den Drittbesitzer, der Inhalt der dinglichen Klage, der Ausschluss der Diskussion[2]) stempeln sie zu einer solchen. Dass die Doktrin dies nicht erkannte und alle dinglichen Momente des Verhältnisses nur durch die Annahme einer „einfachen" Hypothek zu erklären versuchte, hat den Influenzierungsprozess, der in der Tendenz der Annäherung des Immobiliarpfandrechtes an das Gültinstitut stattfinden musste und stattfand, nur befördert. Selbst zur Zeit des grössten Ansehens und Einflusses des römischen Rechtes fehlt es der neueren französischen Hypothek nicht an Elementen, die auf die alte dette réelle zurückzuführen sind. Wenigstens dem Ursprung und der Entwicklungsrichtung nach deutet die Hypothekarklage darauf hin, denn sie geht auf payer ou délaisser. Vielerorts

[1]) Ganz richtig bemerkt Merlin Répertoire v. Discussion S. 692, es seien die constituierten Renten betrachtet worden comme faisant, en quelque manière, partie du fonds, qui y était hypothéqué, et comme des rentes foncières qui suivaient les terres en quelque main qu'elles passassent. Er folgert dies aus dem Fehlen der Diskussion. Vergl. folg. Note.

[2]) In aller Schärfe betont Pothier, Traité du bail à rente, dass der Ausschluss der Diskussion auf eine selbständige dingliche Belastung schliesen lasse. Er führt No. 90 und 91 aus, dass die „Hypothekarklage" des Rentenrechts (die Klage, wie sie art. 107 der C. de Paris gibt) nicht die einfache Klage aus der Hypothek sei. Denn der mit jener belangte Drittbesitzer könne die Diskussion nicht geltend machen. Und dann: La raison de différence est que le droit de simple hypothèque n'est qu'un droit accessoire à la créance personnelle; ce n'est pas proprement (aber vielleicht „uneigentlich" doch?) par l'héritage hypothéqué, que la dette à laquelle il est hypothéqué, est due; au lieu que l'heritage chargé d'une rente foncière, est proprement le débiteur des arrérages, au payement desquels il est affecté. Man muss nun nur den Ausschluss der Diskussion, wenn er im Hypothekarrecht in weitergehendem Masse zur Anerkennung gelangt, nicht als einen groben Fehler, sondern den Tatsachen und der historischen Gesamtentwicklung entsprechend, als normale Erscheinung des neueren Realkreditrechts anerkennen und man gelangt — aus den Erwägungen heraus, die Pothier anstellt, — zur richtigen Auffassung über die Natur der modernen Hypothek.

tritt aber nicht nur eine missgünstige Behandlung, sondern der Ausschluss der Diskussion hinzu.

Doch diese Entwickelung konnte ihres Daseins nicht froh werden. Es gab mancherlei, was ihre Kreise störte. Die bis jetzt genannten, dem Satzungs- und dem Rentenrecht angehörigen Elemente sind noch nicht alle, die wir in der neueren Hypothek antreffen. Noch nach zwei Richtungen hin sind wichtige Grundlagen der neueren Rechtsbildung zu nennen. Dabei kommt einmal ein drittes einheimisches, nationales Institut in Betracht, zum anderen aber handelt es sich um fremdrechtliche Einflüsse, um die Bedeutung des römischen Rechts für das neuere französische Immobilienpfandrecht. Davon zuerst.

3. Die Autoren vom 16.—18. Jahrhundert gehen davon aus, dass das römische Hypothekarrecht in Frankreich rezipiert sei. Die Rechtsübung, wie sie dieselbe auf unserm Gebiet vor Augen haben, suchen sie, soweit immer möglich, aus den römischen Quellen abzuleiten und dadurch zu rechtfertigen. Wir haben bereits gesehen, dass dies nicht überall gelang. So widerstrebte das Realisierungsverfahren einer derartigen Betrachtung. Ja die Unterschiede erscheinen in dieser Beziehung so gross und die Abweichungen des römischen Rechts so eigenartig, dass man wohl glaubt, auf das Verständnis des letzteren in diesem Punkte verzichten zu müssen [1]). Ähnlich erfolgreich war der Widerstand des koutumiären Rechts in der Frage der Mobiliarhypothek [2]). Das ältere Recht kannte die Mobiliarsatzung. Sie gab aber dem Gläubiger häufig nur ein Vorzugsrecht. Das römische Recht hat nie vermocht, das Satzungsrecht, wo es in dieser Form auftrat, zu einer Hypothek auszuweiten. Selbst im Süden ist ihm dies nicht gelungen [3]). Von einer

[1]) Loyseau III 6, 1.

[2]) Esmein 198f. Wenn Valette, Mélanges I 248 im Vorzugsrecht auf die Mobilien einen Überrest der römischen Mobiliarhypothek erblickt, spricht er nur die herrschende Meinung aus. Aber gegen dieselbe spricht nicht nur der Nachweis, dass die Entwicklung auch im Süden von der Satzung ausging, sondern auch der Charakter des droit de suite, wie ihn Valette selbst nachweist.

[3]) Vielmehr finden wir selbst hier noch Spuren der alten Satzungsidee. d'Héricourt berichtet, dass nach dem Rechte von Bordeaux der Gläubiger noch auf die obligierten Mobilien greifen konnte, auch wenn sie nicht mehr im Besitz des Schuldners waren, vorausgesetzt, dass dieser sich

Hypothek auf die Mobilien wird allerdings typisch genug des öftern gesprochen. Aber es ist eben die Hypothek in dem Sinne der alten obligation, d. h. es ist eine mit fremdem Namen bezeichnete deutsche Satzung. In diesem Sinne ist Basnage zu verstehen, wenn er schreibt: En Normandie nous suivons une jurisprudence moyenne entre le droit romain et la coutume de Paris[1]: le meuble qui n'est plus en la saisine de l'obligé et dont il a disposé sans fraude n'a point suite par hypothèque, comme il avoit par les loix romaines, mais lorsqu'il est saisi sur le débiteur, l'ordre des hypothèques est conservé[2]. Nur die Bretagne anerkannte die Mobiliarhypothek[3] in der römischen Ausgestaltung.

So vermochte sich also das römische Recht in der Frage der Behandlung der Fahrhabe nicht durchzusetzen[4]. Im übrigen hat es allerdings jene Entwicklung gefördert, die unter Überwindung der schuldnerischen Dispositionsbeschränkungen die unmittelbare Wirksamkeit des Pfandrechtes auch nach der Veräusserung zur Anerkennung brachte. Dieser Einfluss ist begreiflich. Lagen doch die Anknüpfungspunkte im deutschen Rechte vor. Die jüngere Satzung führte zu Effekten, die zwar noch nicht ihrer juristischen Natur, aber doch der äusseren Erscheinung und dem Erfolge nach, den Wirkungen der römischen Hypothek nahekamen und deshalb ihre diesbezügliche Rezeption vorbereiteten. Zwar finden wir auch späterhin noch Spuren der alten Satzungsidee. Ja in folgender Klausel tritt sie uns noch in aller Schärfe entgegen.

Il y a encore une autre clause, que plusieurs estiment abolir la discussion, à sçauoir quand on a estipulé que le debiteur ne pourroit aliener la speciale hypotheque: car

derselben ohne Entgelt entäussert hatte. Nach der Coutume d'Anjou behalte der Gläubiger sein Recht, wenn er bei Verkauf der verpfändeten Fahrhabe Opposition erhebe. Traité de la vente S. 227.

[1]) Diese erkennt auch das Vorzugsrecht nicht an.

[2]) S. 83, 86.

[3]) Vergl. Esmein 200.

[4]) Auch in den deutschen Partikularrechten wurde die Mobiliarhypothek in dem hier dargelegten beschränkten Sinne anerkannt, so im Landrecht des Herzogstums Preussen von 1620, 4. Buch 5. tit. a. 6 § 1. cit. bei v. Schwind in dem folg. Seite N. 1 genannten Werke S. 45; vergl. dort S. 68 das sächsische Recht. Vergl. ferner S. 56, 169, 172 und über das Recht des B.G.B. 149.

cette clause non seulement exclud la discussion, mais mesme, comme ils discnt, continuë le droit d'execution parée sur l'heritage apres l'alienation pource qu'elle empesche par effect l'alienation, en ce qu'elle pourroit tendre au preiudice du creancier[1]).

Die exceptio discussionis ist also ausgeschlossen, wenn der Schuldner sich verpflichtet, das Grundstück, das er — specialiter — verpfändet hatte, nicht zu veräussern. Und zwar ist die Diskussion ausgeschlossen, weil die Liegenschaft für nicht veräussert erachtet wird. So weit das Interesse des Hypothekengläubigers entgegen steht, ist die Veräusserung nichtig. In das Grundstück wird **als in schuldnerisches Vermögen** exequiert. Daran erkennen wir die der Satzung eigentümliche Auffassung. Gelegentlich sehen die Quellen die Zustimmung des Gläubigers zur Veräusserung der verpfändeten Liegenschaften vor und bestimmen für den Fall, dass der Gläubiger sie erteilt, den Untergang des Pfandrechtes. Hingegen soll die Haftung fortdauern, wenn der Gläubiger bei Anlass der Veräusserung sein Recht durch Protest gewahrt hat. Dieser Protestation begegnen wir in der Tat schon früh. Sie ist geeignet, das Verhältnis nach dem Verkauf wesentlich zu ändern. Der Erwerber weiss, dass der Hypothekar möglicherweise sein Recht geltend macht. Er schliesst den Kaufvertrag ab unter voller Berücksichtigung dieser Möglichkeit. Der Erwerber übernimmt mit dem Grundstück die Belastung, die Gefahr. Damit fällt aber das Interesse des Gläubigers, das auf die allfällige Nichtigkeitserklärung der Veräusserung gegenüber ging, weg. Der Verkauf ist gültig. Der Gläubiger aber hat nach wie vor das Recht, in die Liegenschaft zu exequiren[2]).

[1]) Loyseau III 8, 12. Vergl. Basnage S. 37. Die Errichtung einer Hypothek beschränke den Eigentümer in seiner Dispositionsbefugnis dergestalt, dass er zum Schaden des Pfandgläubigers über die Liegenschaft nicht verfügen könne. Vergl. S. 448, 457. Der Klausel, wonach der Schuldner das Gut nicht veräussern darf, begegnen wir und zwar mit der Wirkung, dass ein trotzdem vorgenommener Verkauf nichtig ist, auch in deutschsprachigen Quellen noch ziemlich spät. Landrecht des Herzogtums Preussen von 1620, 4. Buch, 5. Titel a. 4 § 3. Vergl. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes S. 45, 66. Dort auch S. 15, 29, 170, 177, 190; vergl. B.G.B. § 1136: Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräussern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig.

[2]) Basnage 448, 457.

De leisser perdre par sa faute le droit de son obligacion. Si aucune chose ou heritaige est obligié à aucun en especial ou en général et le debiteur vent icelle chose à autre ou la transporte en autre obligacion présent le créditeur, si le créditeur ne fait protestacion et sauvacion de la raison de son obligacion qui est premiere, il est veu soy consentir taisiblement à celle derrenière obligacion et est la soe premiere estaincte de droit quant à la chose obligiée; mais s'il en fait protestacion non[1]).

Schon im vierzehnten Jahrhundert begegnen wir dieser Gestaltung. Die Ansdrucksweise ist freilich noch häufig eine derartige, dass die Erinnerung an den vorausgehenden Rechtszustand immer noch durchklingt. So heisst es[2]):

Si quis rem immobilem pro aliquo debito duxerit obligandam quam obligationis tempore possideret, ac postmodum possessionem hujusmodi in alium, sine fraude, duxerit transferendam, ille in quem translata est ipsa possessio, ratione rei translatae, practextu, vel occasione debiti supradicti, conveniri non possit, coram Cancellariis memoratis, vel executio fieri in re ipsa, dummodo debitor alia bona habeat, de quibus de debito obligationis ejusdem competens valeat satisfactio impertiri.

Und ferner:

Quod execucio primo in bonis propriis, mobilibus et immobilibus, ac omnibus juribus et accionibus rei contra quem fuit expositus clamor, fit et fieri debet et ipsis discussis super qua discucione statur relacioni Iusticiariorum quibns Littere executorie diriguntur, et deinde in bonis, per reum post obligacionem vigore cnjus fuerit expositus clamor, ultimo alienatis, ut circuitus evitetur, fit et completur execucio supradicta, nisi bona tenens contra quem fit execucio, probare vellet contrarium[3]).

Es wird also in die Sache selbst exequiert und zwar, soweit noch obligierte Sachen beim Schuldner sind, zuerst in diese, nachher aber auch in die sine fraude veräusserten, beim Drittbesitzer. So nahcliegend nun auch diese Entwicklung für die obligatio specialis war, so merkwürdig ist es, dass

[1]) Livre des droiz et commandemens d'office N. 690 Bd. II S. 155. vergl. Esmein S. 194.

[2]) In Lettres en faveur des Barons et des Nobles, ayant Justice au Pays d'Auvergne a. 1303 Ord. I S. 405 f. art. 2.

[3]) Réglement de Montpellier a. 1345 und 1399 art. 7.

sie ebenfalls sehr früh sich auch bei der obligatio generalis durchsetzte. Diese erhielt damit eine Kraft, die sie ursprünglich nicht entfernt hatte. Hier stehen wir schon vor dem Faktum der intensivsten und folgenschwersten Einwirkung des römischen Rechts. Überall sonst ergab sich uns, dass der fremde Einfluss ein so weittragender nicht gewesen sei, wie man anzunehmen geneigt ist. Insbesondere bedurfte das römische Recht selbst auf unserem Gebiete ausgesprochener Anknüpfungspunkte. Nun, solche waren auch in der Frage der Universalhypothek gegeben. Und die Energie, mit welcher sich diesbezüglich die Reception durchsetzte, ist ein Beweis mehr für die Auffassung der mittelalterlichen obligatio bonorum als sächlicher Haftung des Vermögens. — Deshalb begegnen wir denn schon zu Anfang des 14. Jahrhunderts gelegentlich der generellen Hypothek.

Si aucun obligeoit tous ses biens generalement et durant l'obligation, il vendoit, donnoit ou changeoit aucuns de ses dits biens, l'en ne mettra pas la dette à execution sur les choses vendues, changées ou données, tant comme le debiteur ait demourance souffisant d'autre biens pour faire satisfaction dudit dette [1]).

Freilich bleibt zunächst diese universelle Hypothek der speziellen gegenüber noch inferior. Insbesondere bleibt das Rangverhältnis noch so geregelt, dass die Spezialhypothek, auch wenn sie jünger ist, den Vorrang hat. Nur für Fälle, in denen ein ausserordentlicher Rechtsschutz erwünscht scheint, wagt sich zuerst eine andere Auffassung hervor [2]). So spricht die Coutume von Bourges [3]), wie wir gesehen haben, den Grundsatz aus: l'especialle precede tout temps la generalle. Aber sie bestimmt ferner: Excepté toutes fois en Mariaiges de Femmes, car elles sont moult previlegiées, que l'en tient, et telle est la coustume, que se ung Homme a achapté aulcun Heritaige ou Rente sur aulcuns Heritaiges expressement nommé esdictes Lettres, de ung Homme marié et que puis ledict Vendeur aille de vie à trespassement, ou quel cas sa femme veult estre payée de son

[1]) Lettres (wie oben S. 203 N. 2) a 1304. Ord. I 410 f. art. 3.

[2]) Dass dies überall der Gang der Entwicklung gewesen sei, soll natürlich nicht behauptet werden. Ausführlich über die allmähliche Gleichstellung der speziellen und generellen Hypothek Esmein 193—198.

[3]) Art. 155.

Mariaige, ouquel Mariaige le defunct son Mary estoit obligé en general, luy, ses Biens meubles et heritaiges presens et advenir; se ainsi est que il n'y ayt de quoy payer ladicte Femme et les Creanciers ensemble, toutesfoiz ladicte Femme precedera devant tous les Creanciers, se son contrault est premier passé, autrement non: Et supposé que le debte de ladicte Femme soit assigné en general. Toutesfois il precedera tous les aultres qui seront assignés en especial, se ils ne sont faiz avant ledict mariaige, car telle est ladicte Coustume et sont lesdictes Femmes ainsi previlegiées se ainsi n'estoit que ladicte Femme se feust consentye à ladicte vente, ouquel cas les Achapteur yroient devant sans doute.

Wenn also zu gunsten der Frau eine generelle Hypothek begründet wurde, soll diese Hypothek sich nach dem Alter rangieren, ohne Rücksicht darauf, ob die andern Hypotheken spezielle sind. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit dringt denn schliesslich auch allgemein durch. Wie sich noch lange Zeit Spuren der alten Satzungsidee finden, so begegnen wir noch in den jüngeren Quellen Zeugnissen, die noch von der ehemaligen Inferiorität der Universalhypothek Kunde tun [1]). Im allgemeinen aber bringt Dumoulin die Anschauung seines und der folgenden Jahrhunderte zum Ausdruck, wenn er sagt: Regulariter tantum operatur generalis hypotheca quantum specialis [2]).

Indessen ist doch auch hier zu erkennen, dass derartige römische Auffassungen keineswegs infolge ihrer vermeintlichen oder tatsächlichen Superiorität, keineswegs auch infolge einer besonderen Wucht der Rezeptionsbewegung und der liebevollen und kritiklosen Aufnahme, die das fremde Recht vielfach bei den Juristen fand, zur Anerkennung gelangt sind. Es gilt vielmehr auch hier: Der Boden war für die angedeutete Entwicklung von vornherein der denkbar günstigste. Die Gier, mit welcher ein Schwamm eine Flüssigkeit aufsaugt, bestimmt sich nicht nach der Flüssigkeit, sondern nach der Eigentümlichkeit

[1]) Vergl. Basnage S. 52.

[2]) C. de Paris art. 43. gloss et No. 96 — In der Coutume de Touraine vom Jahre 1559 erscheint die Generalhypothek noch nicht indivisibel, während die Spezialhypothek mit dem Attribut der Unteilbarkeit ausgestattet ist Art. 217 und 218. Auch die Frage des beneficium excussionis ist für die beiden Pfandrechte nicht in gleicher Weise geregelt.

des Schwammes. Nur wenn man dergestalt die so oft und so ungerechtfertigter Weise als beinahe vollständig und uneingeschränkt dargestellte Aufnahme des römischen Hypothekarrechts in Frankreich betrachtet, gelangt man zu einem den tatsächlichen Verhältnissen gerechtwerdenden Bilde. Nur so wird man der alten Obligation in ihrer geschichtlichen Bedeutung gerecht. Nur so sind die Erscheinungen des neueren Rechts zu erklären. Denn ihnen gegenüber erweist sich eine romanistische Betrachtungsart als völlig unzulänglich. Denn es ist kein Zweifel, dass vielfach selbst in den soeben betrachteten Punkten die Rezeption eine bloss äusserliche ist, hinter deren Schein sich alte einheimische Vorstellungen erhalten und weiterentwickeln. Wie sehr diese Aufnahme wirklich vielfach nur eine nominelle und oberflächliche, wie sehr aber auch wenigstens für eine derartige Aufnahme die Vorbedingungen günstige waren, das wird sich im Folgenden erweisen.

4. Die Richtigkeit des Gesagten bestätigt schon ein Blick auf das letzte, vierte geschichtliche Element, das hier noch als für die Entwicklung des neueren französischen Hypothekarrechts wesentlich und vielfach richtungbestimmend genannt werden muss. Wir haben es bereits angedeutet und wissen, dass es sich um eine nationale Rechtsbildung handelt. Es betrifft den Formalismus der Begründung des Liegenschaftpfandes. Und zwar nicht den mittelalterlichen öffentlichrechtlichen Formalapparat. Wir haben schon gesehen, dass dieser im grössten Teile unseres Rechtsgebietes arm war und früh wirksam bekämpft wurde. In Frage steht hier vielmehr der zivile Formalismus der Haftungsbegründung. Und da ist bei dem ursprünglichen Charakter der Satzung zweifellos, dass diese letztere zunächst in den verschiedensten Formen begründet werden konnte[1]). Doch bei den Weiterungen, welche das Prinzip der vertraglichen Haftungsherstellung mit sich brachte, ist es einleuchtend, dass in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zur Schriftlichkeit

[1]) Satzungen in Siegelbriefen, in blossen Handschreiben, vor Zeugen errichtet. Vergl. Citate bei Esmein 211; Beaune 551. Bouteiller S. 589: generale obligation par generales paroles: aussi bien sont obligez tous ses biens aduenir que s'il les dist par mots expres et nommast iceux biens.

gegriffen wurde. Die älteren Quellen bestätigen dies — man denke an Beaumanoir. Es handelt sich dabei bereits darum, den Beweis des Gläubigers zu sichern. Die Beweistheorie erlitt nun aber die grössten Aenderungen. Sowohl die Siegelbriefe als die Chirographarien verloren ihre Beweiskraft. Dasselbe geschah durch die Ordonnance de Moulins (1566) im wesentlichen auch mit dem Zeugenbeweis. Der Gläubiger versicherte sich also seines Rechts durchwegs, indem er es in authentischer Form bestätigen liess. Und diese Übung des Verkehrs schlug sich nieder in dem nach mannigfaltigen Schwankungen endlich anerkannten Rechtsgrundsatz: Nur in authentischem Akte kann eine Konventionalhypothek begründet werden.

Les hypotheques conventionelles ne sont pas acquises parmi nous par la simple convention des parties. Un créancier qui auroit contracté, sous signature privée, et qui auroit stipulé que tous les biens de son débiteur, ou que tels biens lui seroient hypothéqués, auroit faite une stipulation inutile. Il faut, pour acquérir une hypotheque, que le contrat soit passé pardevant des Notaires royaux, ou des Notaires des Seigneurs dans l'étendue de leur Jurisdiction[1]).

Aber auf der gleichen historischen Basis musste sich auch noch eine andere Entwicklung vollziehen. Wir wissen, dass in den Kontrakten, in den lettres, die Klausel der obligatio omnium bonorum regelmässig wiederkehrt. Diese Klausel war ursprünglich unerlässlich. Im dreizehnten Jahrhundert wird sorgfältig darauf geachtet, einmal, dass sie nicht fehle, und ferner, dass sie inhaltlich vollständig sei. Und solcher Klauseln gab es manche, die mitzuschleppen waren. Sie wurden „de style". Formelmässig kehrten sie wieder. Aber das musste früher oder später zu Rechts- und Gerichtsübungen führen, die dem Sinne der Klauseln entsprachen und sie überflüssig machten. Man ging ja nicht fehl, wenn man annahm, der Kreditierende, der Gläubiger setze voraus, der Schuldner gehe auf diese in den Klauseln enthaltenen Rechtsverzichte und Rechtseinräumungen ein — selbst wenn er dies nicht ausdrücklich zugesagt haben

[1]) Argou Institution II, 410. Im übrigen verweisen wir auf die einlässliche Darstellung Esmeins, der wir hier im wesentlichen folgen. Esmein 207 f. Vergl. Viollet, Histoire 741 f., Beaune cit.

sollte. Aus der Rechtsübung heraus abstrahierte Boullenois den Satz: Les clauses qui sont de convention ordinaire, et qui font la sûreté de la convention principale, sont toujours présumées sous-entendues dans les contrats; et par conséquent, sont dans la volonté et dans la convention des parties[1]. Manche Renunziationsklausel wurde schliesslich durch eine derartige praesumptio juris et de jure überflüssig gemacht. So auch erging es der alten Obligationsklausel. Denn elle est tellement d'usage, qu'elle serait suppléée quand on aurait omis de la stipuler[2]. So ergiebt sich also der Grundsatz: Jeder notarielle Akt, der einen Schuldvertrag enthält, belastet die Güter des Schuldners mit einem Generalpfandrecht. Dieses Generalpfandrecht ist also der unmittelbare Nachkomme der obligatio generalis. Ja in der Form lebt immer noch diese letztere fort. Es ist überaus beachtenswert und gibt für die fernere Betrachtung, welche das eine oder andere Element des neueren Hypothekarrechts noch genauer auf seinen Ursprung hin ansehen muss, einen nicht zu unterschätzenden Fingerzeig, wenn im 16. und 17. Jahrhundert immer noch die alte Satzungsklausel anzutreffen ist. So sagt Loyseau:

Pour ce qu'en tous les contrats, par un stile ordinaire des notaires, on s'est accoustumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens, on en a enfin tenu pour règle que tous les contracts portoient hypotheques sur tous les biens, comme ceste clause estant sous-entendue, si elle avoit esté obmise[3]. Aber auch Gerichtsentscheide aus dem 16. und 17. Jahrhundert bestätigen ausdrücklich, dass nach dem Rechtsbewusstsein der Zeitgenossen den Klauseln „promettant" etc. und „obligeant" etc. die Bedeutung zukommt, dass sie eine vertragliche Generalhypothek einräumen.

Il n'est pas douteux que ces termes emportent hypothèque générale et expresse sur tous les biens de celui qui promet et

[1] Traité de la personnalité et de la réalité des lois et des coutumes I S. 630.

[2] Basnage S. 30. Guyot Hyp. S. 781. L'hypothèque est censée constituée non seulement lorsqu'il y en a stipulation expresse, mais mesme quoiqu'il n'en soit rien dit.

[3] l. c. III, 1, 5.

s'oblige, et cela pour l'exécution et l'accomplissement de toutes les obligations de sa part, qui ont été contractées et reconnues dans l'acte. Il n'y a personne qui ne convienne que ces mots „promettant", „obligeant" sont une clause dispositive, qui est du nombre des conventions mêmes, et fait partie de la substance du contrat[1]). Deshalb ist es denn auch nicht zu verwundern, wenn wir auch noch im 18. Jahrhundert der Definition der Hypothek als einer Obligation begegnen:

On apelle hipotéque une obligation que celui qui baille de l'argent, aquiert sur les biens de celui qui l'emprunte et qui le reçoit. Res omnis pro debito obligata, et hypotheca nihil aliud est quam obligatio bonorum[2]).

In der Hypothek lebt also die alte Satzung fort. Die Hypothek ist eine Obligation. Nur so wird es auch verständlich, warum auch die persönliche obligatio eine Hypothek genannt wird. Es kommt dies hin und wieder vor. So sagt Brodeau: L'hypotheque des biens estant accessoire à celle de la personne —[3])

Doch die Entwicklung, die wir bisher verfolgten, ist damit nicht abgeschlossen, dass jedem authentischen Akt ein Generalpfandrecht auf die Güter des Schuldners beigelegt wird. Der eigenhändigen Unterschrift von seiten des Schuldners war die Beweiskraft benommen. Doch könnte diese Unterschrift vor

[1]) Arrêts von 1587 und 1608. Guyot cit. S. 788.

[2]) Basnage S 15, vergl. S. 44: wo die Hypothek une obligation légitime stipulée pour la sûreté du créancier genannt wird. Vergl. auch dort S. 27 f. über das Recht, seinen Körper zu obligieren. Es fehlte freilich nicht an Autoren, welche die Definition von Basnage zurückwiesen: Die Hypothek sei keine Obligation, sondern das Accessorium einer solchen, vergl. Avertissement der neuen Auflage von Basnage S. IV.

[3]) II S. 141: „Hypothek" wird also für „Obligation" eingesetzt. Valette Mélanges I 248 konstatiert schon die Erscheinung, dass dieser Ausdruck gebraucht werde, um die „verschiedensten Ideen" auszudrücken. Er erklärt dies dahin, dass die Rechtssprache sich erst habe bilden müssen. Wir wissen nunmehr, dass dem nicht so ist, dass vielmehr die Rechtssprache des Mittelalters gerade auf den hier in Frage kommenden Gebieten so sicher war wie nur möglich. Nicht um eine Neubildung handelt es sich also in diesen terminologischen Wirren, sondern um eine Umbildung, die unausbleiblicher Weise auch eine teilweise Verbildung war. Von einer Hypothek im Sinne von obligatio — es betrifft eine obligatio personae — spricht auch Coutume de Gerberoy tit 6. no. 54.

Gericht anerkannt werden. Es vermochte auch der Gläubiger den Schuldner zu einem derartigen gerichtlichen Anerkenntnis zu veranlassen. Ebenso konnte auch für ein Siegel gerichtliche Bestätigung eingeholt werden. In beiden Fällen war damit die Beweiskraft wiederhergestellt, in beiden Fällen gelangte dergestalt die Hypothek wieder zu Wert und Anerkennung[1]). Und in der Folge erhielt der Gläubiger auf Grund eines solchen gerichtlichen Anerkenntnisses der Unterschrift oder des Siegels eine Generalhypothek, auch wenn die Obligationsklausel fehlte.

Les promesses sous seing privé emportent hypotheque du jour qu'elles sont reconnues en justice, on du jour de la dénegation du débiteur, si après la vérification qui en a été faite en justice, elles se trouvent véritables[2]).

Indessen, da man die notariellen Urkunden und die gerichtlichen Anerkenntnisse mit derartig weittragenden Wirkungen ausstattete, war es naheliegend, den gerichtlichen Entscheiden eine nämliche Bedeutung zukommen zu lassen. Es war dies umso naheliegender, als man anfing, das Urteil als Kontrakt oder Quasikontrakt zwischen deu Parteien aufzufassen[3]). Zudem bemerkt Esmeiu[4]) gewiss mit Recht, dass die alte Übung dem in der Exekution Prävenierenden ein Vorzugsrecht zu gewähren, der Entwicklung Vorschub geleistet haben muss. Vom 16. Jahrhundert ab beschwert also jeder gerichtliche Entscheid die Güter des Verurteilten mit einem Generalpfandrecht.

Les jugemens de condamnation portent hypotheque sur les biens du condamné. — — La déclaration du 10 Juillet 1566, faite en iuterprétation de l'ordonnance de Moulins, dit que l'hypotheque sur les biens du condamné, aura lieu et effet du jour de la senteuce, s'il y en a appel, et qu'elle soit confirmée; l'hypotheque a un effet rétroactif au jour de la sentence[5]).

---

[1]) wenigstens Dritten gegenüber, jedoch stets nur vom Zeitpunkt des Anerkenntnisses ab.

[2]) Argon l. c., vergl. Esmein insb. 214 f. Violett l. c. Beaune l. c. Ordonnance von 1539 art. 92 und 93.

[3]) Ord. von 1566 (de Moulins) art. 53.

[4]) l. c. 224 f.

[5]) Argou l. c. S. 411.

Wesen und Inhalt des Hypothekarrechtes.

Nach der Analyse die Synthese. Wir haben die Elemente kennen gelernt, die für die neuere Entwicklung des Immobiliarpfandrechtes grundlegend waren. Schon bei dieser Betrachtung fiel, wenn wir uns einmal so ausdrücken dürfen, der quantitative Unterschied in der Anteilnahme auf, mit welcher die einzelnen Elemente in der Gesamtentwicklung sich betätigten. Es fand sich vielfach eine andere Verteilung, als man gemeiniglich anzunehmen geneigt ist. Diese Wahrnehmung ist nunmehr noch näher zu verfolgen. Denn es lässt sich annehmen, dass sich auf diesem Wege ein Einblick in das Wesen der Hypothek des neueren französischen Rechtes ergibt

Worin die Eigentümlichkeiten des Hypothekarrechts gerade zur Zeit der Rezeptionsbewegung sowohl in deutschen als in französischen Rechtsgebieten bestanden haben, ist ja bekannt. Völlige Unzulänglichkeit und Verständnislosigkeit in der Behandlung dieses Institutes des Realkredits lautet die allgemeine Signatur. Das Immobiliarpfandrecht ist so ziemlich von allen Mängeln behaftet, die es nur haben kann. Um in der Sprache der wiedergewonnenen obligationenrechtlichen Vorstellungen zu reden: Die Sachhaftung erfährt nicht im geringsten eine ihrem Wesen entsprechende Behandlung[1]).

[1]) „Wirft man einen Blick auf die deutschen Territorialgesetze der letzten Jahrhunderte, die wohl ausnahmslos unter dem Einfluss der Rezeptionsbewegung stehen, so wird man sofort gewahr, dass die begriffliche Scheidung von Personen- und Sachhaftung den Legislatoren dieser Zeit so gut wie abhauden gekommen ist.“ v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, S. 1. Der Verfasser untersucht wesentlich die neuere Pfandrechtsentwicklung. Trotz des obigen Hinweises auf den Einfluss der Rezeption muss er im Fortgange der Darstellung eigentlich selten darauf zurückgehen. Doch darf ich deswegen noch nicht schlechtweg annehmen, es habe sich ihm für die von ihm dargestellten Gebiete dieselbe Auffassung ergeben, wie sie hier für das französische Recht nachzuweisen versucht wird. Denn von Schwinds Darstellung verfolgt ein ausgesprochen dogmatisches Endziel, so dass ihm fernliegen musste, den schliesslichen Ursprung der einzelnen Rechtsbestimmungen zu verfolgen. Übrigens vergl. man beispielsweise S. 176. Dort wird die Auffassung gewisser Partikularrechte, dahingehend, dass das Pfandrecht lediglich als eine Begünstigung des Gläubigers anzusehen sei, die er gebrauchen mag, die er aber auch unbeachtet bleiben lassen kann, wenn er sich lieber an die Person hält, bezeichnet als „mehr“

Es ist nun überaus naheliegend, diese Erscheinung mit dem Eindringen des römischen Rechtes in kausalen Zusammenhang zu bringen. Denn schon a priori kann man sich wohl eines in dieser Richtung wirksamen Einflusses des römischen Rechtes versehen. Man kennt die zur Gebundenheit der deutschen Personalhaftung in diametralem Gegensatze stehende Totalität der römischen obligatio personae[1]), man kennt die Intensität und Energie in der Realisierung derselben und die dadurch bedingte entschiedene Vorherrschaft des Personalkredits[2]). Man weiss demgegenüber, wie mühsam und spät die Römer zur Ausbildung eines selbständigen Pfandrechtes gelangt sind, weiss es nach den Ergebnissen der neuesten Forschung besser denn je. Sind doch wahrscheinlich die Hypothekarklagen noch später geschaffen worden als man bisher schon annehmen musste. Von da ab war dann freilich die Pfandkonvention mit dinglicher Wirkung ausgestattet, aber sie war es in einer besonders in Hinsicht auf die Formlosigkeit des Pfandvertrages übertriebenen und wie es denn auch scheint, unter den Rechten des Altertums, soweit wir sie diesbezüglich kennen, einzig[3]) dastehenden, unrationellen Art und Weise. Und andererseits

römisches als deutsches" Prinzip. Die Möglichkeit einer derartigen Entwicklung auf deutschrechtlicher Basis wird damit doch offengelassen, sehr mit Recht. Hingegen ist die S. 172 ausgesprochene Ansicht, wonach erst die Rezeption hypothekarische Verpfändung von Mobilien ohne Besitzeinräumung für zulässig erkannt habe, entschieden nicht zutreffend, vergl. oben S. 130, 147, 150f., 163f. und unten Kap. 3, ferner Meyer in der oben S. 147 N. 4 cit. Schrift.

[1]) Vergl. Hartmann, die Obligation S. 147; Kuntze, Die Obligation im römischen und heutigen Recht S. 4, ders. Exkurs, 2. Aufl. 1880 S. 525 f., ferner ders. in Schlenters Jahrbüchern VII S 10.

[2]) Brinz in Grünhuts Zeitschrift I S. 27. Vergl. Degenkolb in Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX 403. Insbesondere aber über das Verhältnis von Pfandrecht und Bürgschaft, Dernburg, Pfandrecht S. 3 f. Nur wenig Neues bringen dieser Darstellung gegenüber Lucas: Préférence des Romains pour les satisdationes comparées aux garanties réelles in der Revue générale du droit, de la legislation et de jurisprudence 1885 S. 533, 1886 S. 232 f., 301 f. und Herzen in dem diesbezüglichen Abschnitt von origine de l'hypothèque romaine.

[3]) Vergl. Herzen cit. S. 205 f., Hitzig, griechisches Pfandrecht 93, 108 f., 133. Kohler, Rechtsvergleichende Studien, Berlin 1899, S. 227 f., für das babylonische Recht Kohler und Peiser, Aus dem babylonischen Rechtsleben I 15, 28 f. Révillout, Les obligations en droit égyptien S. 154 f. Dort auch über das aegyptische Recht S. 268 f.

war der Haftungsinhalt der denkbar schwächste. Bestand er doch nur in der retentio pignoris[1]). Zu einem weitergehenden Rechte, zur Realisierung bedurfte es eines besondern Vertrages[2]). Es ist ja nun wahr, dass diese Entwicklungsstufen in der grossen Kompilation weit überwunden erscheinen. Aber der Grundzug, der sich in ihnen offenbart, kehrt auch hier wieder. Er besteht in der Begünstigung der „persönlichen Haftung", in der Inferiorität des Pfandrechts. Es werden die Generalhypotheken und in grosser Zahl auch die Legalhypotheken anerkannt. Das vertragliche Pfandrecht wird formlos begründet. Der Drittbesitzer erhält das beneficium discussionis. Die Realisierung erleidet eine ungünstige Behandlung. Die Rechte des ersten und der nachfolgenden Hypothekare sind auf Kosten der letzteren von weitestgehender Verschiedenheit u. a. m.

Prima facie erscheint es demnach wohlbegründet, die Mängel in der Entwicklung des neuen Immobiliarpfandrechtes auf Rechnung der Rezeptionsbewegung zu setzen. Doch unsere bisherige Darstellung hat bereits die bei der bewunderungswürdigen Konsistenz und Widerstandskraft des coutumiären Rechtes begreiflicherweise ziemlich eng gezogenen Schranken der Aufnahmefähigkeit des fremden Rechtes durchblicken lassen. Die Aufnahme setzte im wesentlichen nur da ein, wo die Entwicklung des einheimischen Rechtes selbst die mit jener vorgezeichneten Bahnen zu gehen drängte, wo also von innen heraus sich eine derartige Bewegungsrichtung geltend machte. Wenn dem so ist, rückt aber auch das Phänomen in eine andere Beleuchtung, das in der Verwischung der Grenzen zwischen der alten obligatio bonorum und der schlechthin auch gegen Dritte wirkenden Universalhypothek besteht. Dann

[1]) von welcher retentio pignoris auch noch späterhin dio Quellen mit Nachdruck reden.

[2]) Eine wesentlich abweichende Auffassung scheint nur Voigt zu hegen. Nach ihm soll sowohl beim pignus oppositum captum als beim pignus datum ursprünglich ipso iure die venditio pignoris zulässig gewesen sein. Erst unter griechischem Einfluss soll dann die Beifügung eines pactum de vendendi üblich, und schliesslich sogar notwendig geworden sein, wenn anders der Gläubiger sich dieses Rechtes vergewissern wollte. Also „ein mehrfacher Wechsel der leitenden Grundsätze und Ordnungen", sodass auch nach dieser, allerdings kaum haltbaren Auffassung die im Text gegebene Charakteristik ihre Richtigkeit behielte.

ist dies eine eigenartige Erscheinung von viel zu grosser Bedeutung und Tragweite, als dass sie sich durch die Rezeption erklären liesse. Im Boden des nationalen Rechtes selbst müssen sich ihre Wurzeln finden.

Da müssen wir dann freilich in diesem Zusammenhang das Rentenrecht von vorneherein ausnehmen. Wir haben bereits gesehen, wie dies der römischen Doktrin Trotz bot. Es geschah dies — soweit dabei das Pfandrecht in Betracht fällt — gerade weil es der energischen Grundsätze eines gesunden Sachhaftungsrechtes bedurfte oder selbst solche in seiner Gefolgschaft hatte. Es ist überaus beachtenswert: Nur durch engern Anschluss an gültrechtliche Auffassungen hätte die Pfandrechtsentwicklung des neuern französischen Rechts eine gesundere Richtung gewinnen können. Hier hätte die Spezialität einen Rückhalt gefunden (wie zähe wurden noch die konstituierten Renten auf spezielle Grundstücke assigniert). Hier hätte dies Prinzip seine natürliche Unterlage gefunden in der Vorstellung von der selbständigen dinglichen Belastung. Einen Abglanz davon haben wir in dem Wortlaut der Hypothekarklage gefunden. Bourjon sagt, es folge aus der Natur der Hypothek als eines dinglichen Rechtes que le détempteur de l'héritage hypothéqué est tenu ou de payer la dette, ou d'abandonner l'heritage; tel est contre lui l'effet de l'hypothéque, qui a lieu à plus forte raison pour les rentes foncieres, dont l'héritage est chargé[1]. Wenn also der Inhaber einer verpfändeten Liegenschaft leisten oder preisgeben müsse und dies müsse wegen des dinglichen Rechtes, so gelte dies umsomehr für die Inhaber von Liegenschaften, auf denen eine Grundrente liege. Ferner darf wohl behauptet werden, dass auf dieser Grundlage sich die Rechte früher auf die Publizität besonnen hätten. Es geschieht bei Besprechung des Purgationssystems (auf das wir sofort zurückkommen werden), dass Bourjon[2] die „blosse Hypothek" in Gegensatz bringt zu dem „dinglichen und dem Grundstück inhaerenten Rechte" der Grundrente. Denn jene erleidet in dem purge-Verfahren ihren Untergang, während diese bestehen bleibt Jenes Verfahren nützt aber nur dem Erwerber, hat sich jedoch

[1]) Tit. VI, chap. II, sect. II, N. 8.
[2]) l. c. tit. VII, chap. VI, sect. VI, N. 88 und 93.

als zur Förderung des Realkredites völlig unzulänglich erwiesen. Die gedachte Anlehnung hätte also das Ablösungsverfahren nicht zu der grossen Bedeutung kommen lassen, die es so tatsächlich erhalten hat. Und das hätte dann doch wohl bewirkt, dass die Ansätze zur Publizität sich bedeutungsvoller entfaltet hätten. An solchen Ansätzen aber hat es wahrlich nicht gefehlt. Nicht nur bot das alte Rentenrecht selbst einen Formalapparat, sondern schon vom 15. Jahrhundert ab macht sich das Streben nach einem modernen Formalismus geltend. — Endlich erinnern wir an das früher über das beneficium discussionis in seinem Verhältnis zum Gültrecht ausgeführte: In dem naturgemässen Ausschluss des beneficium fand wiederum die Vorstellung einer selbständigen Belastung ihren adäquaten Ausdruck. Es ist wahrlich ein anderes Sachhaftungsrecht, das in alledem zum Ausdruck kommt. Deshalb unterschied die Doktrin zuweilen geradezu zwischen dem in der Grundrente enthaltenen Pfandrecht und der Hypothek, die nicht ein Rentenrecht zu sichern hatte[1]: Nos praticiens distinguent les hipotéques en réelles et foncières et simples hipotéques. Car biens que toute hipotéque afecte la chose engagée, néanmoins la foncière a plus de réalité, parce qu'elle est inhérente au fonds et qu'elle en fait partie; elle donne un droit de préférence et elle suit toujours le possesseur, qui ne peut oposer ni demander la discussion. Mais la simple hipotéque n'a pas ces prérogatives[2]. Es ist also kein Zweifel, dass diese „hipotéque réelle et foncière" den Ansprüchen eines gesunden Sachhaftungsrechtes in ungleich höherm Masse entspricht als die „gewöhnliche Hypothek". Die Erscheinung der völlig unzulänglichen Behandlung dieser letzteren muss also von anderer Seite her erklärt werden.

Und da eröffnet sich denn ein merkwürdiger Ausblick.

---

[1]) Es mag hier noch auf die Erscheinung hingewiesen werden, dass zu einer Zeit, wo die Hypothek regelmässig generell und die natürliche Rangordnung vielfach durch Privilegien durchlöchert war, in einzelnen Coutumes die Gläubiger von konstituierten Renten — diese wurden im Verkauf par décret abgelöst — den Hypothekaren, auch den älteren vorgingen. Das alte Recht von Anjou art. 480 und 481, Maine, art. 485, 486; d'Héricourt S. 210 bringt diese Erscheinung mit Recht in Kausalzusammenhang mit der Übung, die Renten auf ein spezielles Grundstück zu assignieren. Vergl. Boullenois 132f.

[2]) Basnage S. 34.

Die Hypothek des ancien droit erscheint als fortgebildete obligatio bonorum. Dies in doppeltem Sinne.

Die vornehmste Aufgabe der alten obligatio generalis bestand darin, die Enge des bisherigen Haftungsrechtes zu überwinden und Vermögenshaftung als eine grundsätzlich allgemeine herzustellen. Es sollten die zukünftig zu erwerbenden Vermögensobjekte in die Haftung einbezogen, die Haftung des Erben umfänglicher gestaltet, insbesondere aber der Zugriff wie auf die Fahrhabe so auch auf die Liegenschaften ermöglicht werden. Die einzelnen, auf diese Effekte abzielenden Klauseln wurden überflüssig. Die Haftung wurde eine gesetzliche und gleichzeitig war sie eine formlose geworden, die ipso jure mit der Begründung des Schuldvertrages eintrat. Eine grosse Entwicklung war zu ihrem Abschluss gekommen. Die vertragliche obligatio generalis ward durch die de lege eintretende obligatio omnium bonorum, die gesetzliche Vermögenshaft des Schuldners, abgelöst.

Aber gleichzeitig vollzog sich noch eine andere Entwicklung. Gerade während des allgemeinen Niederganges des Formalismus erhielt eine einzelne Form erhöhte Bedeutung, die authentischen Akte, die schliesslich bei jedem Schuldvertrag von einigermassen bedeutender wirtschaftlicher Tragweite verlangt wurden. In dieselben nahmen die Notare durchwegs die alte Satzungs- oder Obligationsklausel auf. Und diese erhielt hier nun ebenfalls eine neue Tragweite. Sobald die Vermögenshaftung eine gesetzliche geworden, verloren sie nämlich ihren einstigen Zweck. Es machte sich nun aber mit Erfolg die Tendenz geltend, die Generalobligationen ebenso wirksam zu gestalten wie die Spezialobligationen. Beide hatten doch von Anfang an das Eine gemeinsam, Haftungen, und zwar quasi-hypothekarische Sachhaftungen, herzustellen und den Zugriff auf die gesetzten Güter zu ermöglichen. Aber schon hatte die Satzung bestimmter Objekte, die obligatio specialis, weitergehende Wirkungen. Mit solchen wurde nun auch die obligatio generalis ausgestattet. Jene Entwicklung, die mit der vertraglichen Arrestierung einzelner Vermögensobjekte und mit der Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Schuldners in Bezug auf diese Objekte eingesetzt hatte, fand ihren Abschluss in der Anerkennung einer über die Dauer des schuldnerischen Besitzes

hinaus wirksamen obligatio omnium bonorum, die zudem unter gewissen Formvoraussetzungen de lege eintrat.

Aus diesen beiden Entwicklungsreihen heraus ist unsere Hypothek zu erklären. Weil sie von der alten obligatio abstammt, muss sie einerseits in der allgemeinen Vermögenshaftung aufgehen. Solange eine verhypothezierte Liegenschaft beim Schuldner ist, erscheint die Haftung derselben kaum viel anders als die anderer Vermögensstücke, die unter der allgemeinen Obligation stehen. Es wird nachzuweisen sein, dass unter dieser Voraussetzung die Behandlung unter dem Gesichtspunkt der obligatio specialis zurücktritt, soweit dies nur überhaupt möglich ist, dass also die Haftung der Vermögensobjekte beim Schuldner nur eine Einzige und Nämliche ist, Ausfluss der allgemeinen sächlichen Vermögenshaftung.

Andererseits bietet die obligatio specialis Momente, die sich auch in Hinsicht auf eben diese obligatio generalis oder Vermögenshaftung durchzusetzen wussten. Sie bestehen in dem Vorzugsrecht der älteren Besatzung und in den Dispositionsbeschränkungen. Diese führten in eigentümlicher Umwandlung zu dem Recht, in die specialiter obligierte Liegenschaft exequieren zu können, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich noch im Vermögen des Schuldners befinde, also zu einer Ausdehnung des dinglichen Rechtes. Nicht anders als in dieser obligatio specialis dachte man sich schliesslich die Vermögensobjekte auch in der obligatio generalis obligiert: in einer vom schuldnerischen Besitz unabhängigen effektiv-hypothekarischen Weise. Und gerade weil die Vermögenshaftung die Wirkungen der obligatio specialis angenommen, ist diese in weitem Umfange in jener aufgegangen.

In doppeltem Sinne also ist unsere Hypothek eine obligatio bonorum: sie ist es, soweit sie einer eigentümlich pfandrechtlichen Behandlung entbehrt und in der allgemeinen Vermögenshaftung aufgeht, obligatio omnium bonorum in diesem Sinne, und sie ist es auch, soweit sie als gegen Dritte wirkende Sachhaftung uns entgegentritt und ist es in diesem Falle, weil sie hier alte satzungsrechtliche Ideen weiterspinnt, die dem Bereich der mittelalterlich deutschen obligatio specialis angehören, obligatio omnium bonorum in diesem Sinne.

Der Beweis sei zuerst nach dieser zweiten Richtung hin,

für den satzungsrechtlichen Charakter der Hypothek, angetreten. Und da interessiert uns denn vor allen Dingen die Dinglichkeit des Rechts, die Art und Weise, in welcher diese Dinglichkeit sich durchsetzt. Wir haben bereits gesehen, dass die ursprüngliche Satzungsidee, die in der Dispositionsbeschränkung des Schuldners bestanden hatte, noch in der Erinnerung der Juristen unserer Zeit fortlebte. Und so frägt denn auch noch Bourjon, ob wohl die auf ein Veräusserungsverbot abzielende Klausel Gültigkeit habe: Quid de la convention que le débiteur ne pourroit vendre de certains biens spécialement affectés; telle convention annulleroit-elle les ventes que le débiteur auroit fait de ces mêmes biens? Doch im Gegensatz zu andern, von ihm namhaft gemachten Autoren spricht er einer derartigen Beredung die Wirksamkeit ab und dies mit der Begründung: parceque la vente ne peut préjudicier à un tel créancier. Ein trotz der Beredung vorgenommener Verkauf schadet ja dem Gläubiger nicht.

Dies aber nun nicht mehr wegen der Nichtigkeit der Veräusserung, sondern wegen des erweiterten dinglichen Rechtes des Gläubigers. Wir wissen, wie dies geworden. Es mag indessen noch eine Stelle aus der Zeit der Wandlung des Rechtes hier Platz finden. Sie ist charakteristisch für die hier zu verfolgenden Zusammenhänge.

Advenant que tels creancier fussent presents lorsque leur debteur feroit vente de ses biens ou de partie d'iceux, ou autrement les transportast par insulutumdation ou voye que ce soit à quelque tiers, ou que cela parvint à leur notice en quelque maniere, ne manifestans sur ce poinct les actions et hypotheques qu'ils ont sur iceux, mesmes encore sur les saisies inquantes et livrements qu'en pourroient estre faicts par quelqu'un autre par la voye de Justice, et n'y formants leur opposition et taisant leurs pretentions sur la confiance — — de l'auteriorité d'hypotheque qu'ils ont sur tels biens: Nous declarons — — qu'ils soient privez à toujours de pouvoir agir pour leurs credits et hypotheques contre lesdicts tiers possesseurs — et suffira la notice de naissanee quoique accompagnée de taciturnité pour exclure tels creanciers de l'auteriorité de leurs hypotheques sur lesdits biens[1]).

[1]) Bueil ch. V. Bourdot de Richebourg II S. 1232 f.

Hier wird also für den Fall der Veräusserung eines verpfändeten Grundstücks von seiten des in Kenntnis gesetzten Hypothekars immer noch formelle Geltendmachung seines Rechtes, Opposition, verlangt. Ohne eine solche geht das Recht verloren. Wenn sie aber nicht versäumt wird, kann der Pfandgläubiger nach wie vor sein Recht geltend machen — Vollstreckungsrecht. Die Hypothekarklage geht zwar, dank des Einflusses des Renteurechtes, auf payer ou délaisser. Doch die Verurteilung lautet nur auf délaisser. Damit ist das Recht des Hypothekars anerkannt und er kann die gerichtliche Execution einleiten[1]). Wenn früher ein Gläubiger auf Grund einer Satzung eine Veräusserung ungültig erklären liess, geschah dies, um in die veräusserte Liegenschaft exequieren zu können. Nunmehr wird die Weiterung vermieden. Das Gläubigerrecht aber ist dasselbe geblieben. Er stemmt die Hypothekarklage an, um auf Grund der Verurteilung des Drittbesitzers in die Liegenschaft exequieren zu können. In diesem Sinne betonen schon früher beigebrachte Quellenaussprüche, die Exekution müsse zuerst in die noch beim Schuldner befindlichen Pfandobjekte und erst nachher in die veräusserten stattfinden. Quod executio primo in bonis propriis (sc. debitoris) fit et ipsis discussis in bonis par reum alienatis, oder: ne mettre pas la dette à execution sur les choses vendues tant comme le débiteur ait d'autre biens[2]). Und dies ist die gewöhnliche Ausdrucksweise unserer Quellen.

En obligation generale de meubles et immeubles après que discussion a esté faite des meubles, doit l'impetrant de l'execution la continuer sur les biens qui sont encore en la possession de son debteur avant que s'adresser subsidiairement à autres qu'il auroit aliené depuis la creation de la debte[3]).

Allerdings ist also die Hypothek — in obigem Zitate wiederum obligation genannt — ein dingliches Recht, und die Autoren unterlassen nicht, diese Natur des Immobiliarpfandrechtes hervorzuheben.

---

[1]) Vergl. oben S. 195.

[2]) Oben S. 203.

[3]) Coutumes de Lorraine tit. 17 art. 15. a. 1594.

L'hypothéque est un droit réel qui suit et qui absorbe la chose jusqu' à concurrence de l'engagement qui l'a produit. C'est cette qualité de l'hypothéque d'être un droit réel qui fait que l'action qui en résulte milite contre tous ceux dans les mains desquels l'immeuble hypothéqué peut passer, c'est même son principal effet [1]).

Aber dieses dingliche Recht, das uns hier als die vornehmste, die prinzipale Wirkung des Hypothekarrechts dargestellt wird, ist von dem dinglichen Recht, das mit der quasi Serviana verfolgt wird, grundverschieden. Diese letztere erstrebt die vindicatio pignoris. Jenes erstere aber [2]) geht auf Anerkennung der Vollstreckbarkeit, resp. auf Preisgabe des Besitzes (délaissement) behufs Exequierung der Forderung. Die Theorie hat diese Eigentümlichkeit der Hypothek nicht verkannt. In aller Deutlichkeit spricht sich Pothier darüber aus.

L'hypothèque est le droit qu'a un créancier dans la chose d'autrui de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû.

L'action hypothécaire est l'action qu'a le créancier hypothecaire pour la poursuite de son droit d'hypothèque contre le possesseur de la chose hypothéquée. Le créancier conclut par cette action à ce que la chose soit declarée hypothéquée à sa créance et à ce qu'en conséquence le possesseur soit condamné de la délaisser pour être vendue en justice, si mieux il n'aime payer la dette à laquelle elle est hypothéquée [3]).

Die Hypothek ist also das Recht, die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück vornehmen zu lassen, weil es haftet, und zwar vornehmen zu lassen ohne Rücksicht darauf, ob das haftende Grundstück noch in den Händen des Schuldners oder

[1]) Bourjon tit. VI, ch. II, sect. II N. 7 S. 436. Basnage S. 35.

[2]) „Ein Recht, selbst in den Besitz und die Benutzung des verhafteten Grundstückes gesetzt zu werden, hat der hypothekarische Gläubiger nicht", § 80 der sächsischen Hypothekenordnung vom 6. Nov. 1843 cit. bei v. Schwind S. 37. Wenigstens auf dem Gebiet der Pfandrechtsrealisierung werden sich uns noch andere Parallelen des aucien droit mit den doch als unrömisch bekannten modern-deutschen Hypothekarrechten ergeben. Vergl. übrigens schon oben S. 201 N. 4 über die Mobiliarhypothek und S. 202 N. 1 über Beschränkungen der Dispositionsbefugnisse.

[3]) Pothier C. d'Orléans XX chap. 1, art. prel. no. 1 und art. 1 no. 30, vergl. Bourjon tit. VI ch. III no. 16.

desjenigen, der die Haftung einräumte, sich befindet oder ob es inzwischen in dritte Hände übergegangen ist. Die Ignorierung dieses Umstandes bedeutet die Überwindung der historischen Ausgangspunkte des Satzungsrechtes und Ersetzung des Veräusserungsverbotes durch Potenzirung der Sachhaftung.

Dass dem so ist, zeigt in aller Schärfe die Auffassung, welche die Schriftsteller unserer Zeit in Bezug auf das **droit de suite** vertreten. Nach der neueren Doctrin soll dies das dingliche Recht, die Möglichkeit, ein Unterpfand beim Drittbesitzer anzugreifen, bedeuten. Die Quellen bis ins 18. Jahrhundert hinein sprechen aber in ganz anderem Sinn von droit de suite. Für sie besteht dieses nämlich in dem Recht, in ein Haftungsobjekt exequieren zu können. Infolgedessen ist der erste und hauptsächlichste Fall einer Anwendung dieses droit de suite das Realisierungsverfahren in ein noch in den Händen des Schuldners befindliches Pfand. Unzählige Male kehrt in den Quellen der Satz wieder: Meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur[1]). Das droit de suite erscheint hier gerade gegen Dritte ausgeschlossen. Es kann also nur die Bedeutung des Rechtes haben, in die Fahrhabe exequieren zu können. Deshalb definiert es auch Valette als das droit général de gage qui appartient au creancier sur tous les biens de son débiteur, als das droit d'execution forcée[2]) Und ebenso Beaune[3]) als die force d'exécution découlant du titre du créancier. Nun geht aber allerdings bei der neueren Hypothek das droit de suite auch gegen Dritte. Dieses neue Recht ist also nur ein prolongiertes Exekutionsrecht. Aber ob das Pfand beim Schuldner ist oder ob es dieser veräussert hat — die Realisierung hat immer den nämlichen Charakter: Exekution in das Haftungsobjekt.

Deshalb aber ist letztlich die Natur der Haftung auch in beiden Fällen die gleiche. In wessen Händen die Sache sich befindet, ist gleichgültig: sie haftet, die Sache. Und zwar beim Dritten wie beim Schuldner. Auch die Haftung der Sache

---

[1]) Um nur eine Stelle zu zitieren: Paris art. 170.

[2]) Valette, Mélanges I 249 f.

[3]) Contrats S. 546.

beim Schuldner ist eben wirklich sächlich gedacht. Darum denn auch die nur so zu erklärende, immer wiederkehrende Vorschrift, dass das droit de suite bei Mobilien mit der Entäusserung derselben verloren gehe. — Die richtige Auffassung des droit de suite ist also geeignet, den Charakter der deutschen Vermögenshaftung, der obligatio bonorum einerseits und andererseits der aus der jüngeren Satzung gewordenen Hypothek zu illustrieren.

Zur vollen Würdigung dieses droit de suite ist indessen noch eine Betrachtung der Pfandrechtsrealisierung nötig. Hier erst wird sich zeigen, worin sich das Verfolgungsrecht nicht nur der betreibenden, sondern aller Hypothekare erschöpft. Hier aber werden wir auch auf das zweite Recht stossen, das von den Autoren des ancien droit neben dem Verfolgungsrecht als die hauptsächlichste Wirkung der Hypothek dargestellt wird, das Vorzugsrecht, das droit de préférence.

Das übereinstimmende Interesse der Gläubiger und der Schuldner[1]) bewirkte schon früh, dass die Immobiliarexekution regelmässig auf den Liegenschaftsverkauf ausmündete. Gelegentlich wird allerdings noch ein für das Mittelalter charakteristisches Procedere als Exekutionsmodus namhaft gemacht: Der Schuldner selbst möge das Erbe verkaufen, um aus dem Erlös den Gläubiger zu befriedigen[2]). Auch der Übereignung an den Gläubiger kann man noch begegnen. Doch wird sie nur unter besonderen Umständen gestattet, etwa wenn mit Sicherheit vorauszusehen, dass der Erlös eines Verkaufes die Forderung nicht deckte oder wenn der Wert des Gutes zu den hohen Kosten des Verfahrens in ungünstigem Verhältnis stünde oder auch, wenn es sich um besonders begünstigungswerte Forderungen handeln sollte[3]). Der Richter entscheidet über die

[1]) Vergl. v. Schwind a. a. O. S. 23, auch S. 34 f., 46 f., 52, 69 f., 79 f., 88, 91, 96, 147, 183 f.

[2]) Argou II 413.

[3]) Pothiers Hypothèqus. S. 46. Régulièrement le créancier ne doit pas prendre en paiement de sa dette l'héritage qui est délaissé, — néanmoins on le lui permet quelquefois — — lorsqu'il est évident que ses créances absorbent et au-delà le prix que pourroit être vendu l'héritage, et sur-tout lorsque ses créances sont privilégiées ou favorables, ou lorsque l'héritage est de si peu de valeur que les frais absorberoient la plus grande partie du prix.

Zulassung und sie geschieht auf Grund einer amtlichen Schätzung. Im allgemeinen aber gilt nicht erst für das 18., sondern schon für das 15. und 16. Jahrhundert: l'usage de faire vendre en justice les biens d'un débiteur dont on ne peut être payé, est devenu universel[1]). Die Exekution geschieht durch Verkauf.

Nun ist aber in Frankreich[2]) die Pfandrechtsrealisierung stets im Zusammenhange mit dem Exekutionsrecht geblieben und machte sich die Fortschritte desselben zu Nutzen[3]). Folgende Worte, welche eine Rechtsentwicklung des deutschen Immobiliarpfandrechtes charakterisieren sollen, die sich vielfach erst im 19. Jahrhundert vollzog, treffen für das französische Pfandrecht schon des 16. Jahrhunderts zu und zwar, wie unsere Betrachtung über das droit de suite zeigt, im vollen Umfange. „Der Hypothekargläubiger, dessen Anspruch vollstreckbar geworden ist, hat das Recht, auf gerichtliche .... Zwangsvollstreckung anzutragen, was durch einen, wann immer eintretenden Wechsel in der Person des Eigentümers des Grundstückes nicht berührt wird. Damit ist das Recht der Realisierung von Pfandrechten an liegendem Gute dem Exekutionsrechte in unzweideutigster Form eingeordnet"[4]). Die Pfandrechtsrealisierung geschieht also in den Formen des Exekutionsrechtes[5]), geschieht durch den gerichtlichen Verkauf.

Dieser gerichtliche Verkauf führte in den deutschen Partikularrechten durchwegs zum Untergang der auf dem Gute liegenden Hypotheken. So tilgte beispielsweise nach

[1]) Guyot, verbo décret d'immeubles S. 355.

[2]) Länger dauert hingegen in manchen deutschen Partikularrechten die Divergenz an zwischen Exekutions- und Vertragspfand. Für die Realisierung dieses letzteren war auch in den neueren Rechten vielfach die Beredung der Parteien massgebend, vergl. v. Schwind S. 35, alte Prozessordnung für Sachsen von 1622. ferner S. 45 das Landrecht des Herzogtums Preussen von 1620, S. 57 Preussisches Landrecht, vergl. S. 184, S. 190.

[3]) v. Schwind weist mehrfach darauf hin, dass die fortschrittlichen Formen naturgemäss regelmässig von der Seite des Exekutionsrechtes her zuerst auftraten. S. 24, 45, 75, 78, 88. 183.

[4]) v. Schwind über das preussische Recht seit 1872 a. a. O. S. 66

[5]) Es ist also begreiflich, wenn das früher oder später auch in den deutschen Partikularrechten zur Anerkennung gelangende Verbot der lex commissoria - v. Schwind S. 38, 45, 74, 184 — frühe und unbestrittene Geltung erhält; vergl. Basnage 446.

dem Gantprozess des bairischen Landrechts von 1616 und des Codex Maximilianeus iuris iudiciarii der Verkauf auf offener Gant die Pfandrechte. Hingegen Dienstbarkeiten, Ewiggelder, Reallasten blieben bestehen[1]. Diesen Untergang der Hypotheken infolge der Teilbietung sieht auch die sächsische Hypothekenordnung vom 6. Nov. 1843 vor[2]. Aber auch das preussische Recht kennt bis zum Jahre 1883 keine andere Regelung: Wird die Realisierung des Pfandgutes im Wege des Zwangsverkaufes durchgeführt, so bewirkt dies Untergang aller auf dem Gute ruhenden hypothekarischen und Grundschuldlasten. Der Erwerber erhält das Gut frei von allen Hypotheken und Grundschulden und die hypothekarischen und Grundschuldgläubiger, deren Forderungen auch gegen ihren Willen gekündigt wurden, haben sich an den Erlös des Gutes zu halten, oder durch vertragsmässige Abmachung die Fortdauer ihrer persönlichen undinglichen Rechte auch gegenüber dem neuen Erwerber zu erwirken[3].

Dies entspricht nun genau dem Stand des französischen Rechtes vom 16. Jahrhundert ab. Auf die Beschlagnahme des zu exequierenden Gutes erfolgen die Criées, die unter Einhaltung bestimmter Fristen mehrfach zu wiederholende „öffentliche Verkündigung, dass gewisse Güter mit Beschlag belegt worden seien und gerichtlich versteigert werden sollen[4].“

In dieser Zeit müssen die Oppositionen, die Anmeldungen resp. Einsprachen gemacht werden, so die oppositions à fin de distraire, von seite desjenigen, der ein Eigentumsrecht an der betreffenden Immobilie zu haben behauptet, so die oppositions à fin de charge zum Zweck der Sicherung der Reallasten und Servituten, welche der Erwerber übernehmen soll, so die oppositions à fin de conserver. Diese letzteren sind durch die

[1]) Codex Max. iud. 18 § 7, 8 cit. v. Schwind S. 80.

[2]) § 104, v. Schwind S. 38; vergl. das neueste Österreichische Recht l. c. S. 96.

[3]) v. Schwind S. 66.

[4]) Warnkönig und Stein II S. 607; vergl. vor allem d'Héricourt, Traité de la vente les immeubles par décret. Nouvelle édition, Paris 1752, ferner Pothier S. 50 f. Argou II 413, Guyot v. décret d'immeubles, Questions v. Hypothèque, lettres de ratification. Ancelme: Distinction et indépendance du droit de suite et du droit de préférence, Paris 1881, Seite 82 f., Cardaire S 144.

Hypothekare zu machen. Das ist nach der Anschauung der Zeit die letzte Handlung, die sie auf Grund ihres droit de suite vornehmen. Denn dieses letztere geht unter, und zwar auf alle Fälle, gleichgültig, ob Opposition erhoben worden ist oder nicht. Freilich, im Unterlassungsfall geht nicht nur das droit de suite verloren, sondern auch das droit de préférence.

Tous les créanciers, soit simples hypothécaires, soit même privilégies, ne sont colloqués dans leur rang, sur le prix des biens adjugés par décret, que lorsqu'ils ont fait leur opposition au décret.

Les créanciers qui ont manqué de faire leur opposition, ne peuvent espérer, en faisant arrêt sur le prix, d'être payés, si ce n'est sur ce qui pourroit rester, après toutes les créances des opposans acquittées; et s'il reste quelque chose, tous ceux qui n'ont pas fait opposition le partagent entre eux au sol la livre de leurs créances, comme un simple mobilier qui appartient à leur débiteur commun[1]).

Den Hypothekaren, die zu opponieren unterlassen haben, bleibt also nichts anderes übrig, als auf den Restbetrag des Verkaufspreises zu greifen, soweit sich ein solcher nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger, die Opposition gemacht haben, noch vorfindet und auch dann werden sie nur als Chirographargläubiger behandelt und pro rata ihrer — ursprünglich hypothekarischen — Forderungen befriedigt. — Damit ist auch schon die Wirkung der Opposition gekennzeichnet. Es wird dadurch das Vorzugsrecht erhalten. Der Erlös des par décret verkauften Gutes wird unter die opponierenden Gläubiger nach dem Range der Hypothekenordnung verteilt.

Quand le bien du débiteur est vendu par décret, les créanciers hipotequaires qui ont formé opposition au décret pour la conservation de leur droit, sont colloqués entré eux sur le prix de l'adjudication, suivant l'ordre de leur hipoteque[2]).

Es mag nun noch erwähnt werden, dass sich auch der civile Liegenschaftsverkehr die Vorteile, die ein derartiges Purgationsverfahren — freilich im wesentlichen nur für den Erwerber — darbietet, zu Nutze gemacht hat. Die Praxis hat

[1]) Pothier, Traité des hypothèques S. 65.

[2]) d'Héricourt S. 213, vergl. S. 195, Pothier cit. S. 50.

das décret volontaire ausgebildet. Es ist dies eine fiktive Zwangsvollstreckung[1]), die sich genau in den Formen der wirklichen Immobiliarexekution hält und vor allem den Hypothekaren gegenüber wie eine solche wirkt. Diese müssen also Opposition erheben, wenn sie ihr Vorzugsrecht auf den Preis wahren wollen. Dieses freiwillige Decret wurde durch das Edikt vom Juni 1771 verboten, welches die lettres de ratification an dessen Stelle setzte. Das Verfahren war nunmehr ein einfacheres und billigeres. In der Hauptsache aber waren die Wirkungen gegenüber den Pfandgläubigern die nämlichen.

Und auf diese Wirkungen kommt es uns an dieser Stelle allein an. Sie charakterisieren sich durch das Auseinanderfallen des droit de suite und des droit de préférence. Das letztere dauert noch fort, nachdem das erstere bereits ausgelöscht ist. In diesem ersteren aber fand man das Recht, gegen die Sache vorgehen zu können, verkörpert. Dies existiert nicht mehr. Nun aber erhebt sich die Frage nach dem Rechtsgrund des Vorzugsrechtes.

Auf diese Frage gibt zwar Bourjon gelegentlich eine einfache und klare Antwort:

A l'aide de l'opposition, l'hypothèque subsiste sur le prix de l'adjudication, qui est à leur égard représentatif de l'héritage[2]) und der Gegensatz der Reallast wird wohl damit gekennzeichnet, dass die Hypothek nicht auf die Sache, sondern auf den Preis gehe[3]).

Aber der Autor verfolgt selbst diese Auffassung nicht weiter[4]). Er wäre mit ihr wohl allein gestanden. Man empfand

[1]) Es ist nicht nötig, dass der Verkäufer der Liegenschaft als Exequierter erscheine. Warnkönig und Stein S. 608. Es kann verabredet werden, dass der Erwerber die scheinbare Zwangsvollstreckung über sich habe ergehen lassen. d'Héricourt S. 351. Infolge der Verschuldung muss übrigens der Veräusserer oft genug dem Kaufvertrag eine Klausel beigefügt haben, die dem Erwerber das Verfahren des décret volontaire untersagte. Denn der bedrängte Veräusserer sähe dadurch den Zweck des Verkaufes häufig vereitelt, pource que cela découvre ses debtes et aussi que ses créanciers et non luy, toucheront le prix de la vente. Loyseau III 1, 19.

[2]) Tit. VII, chap. VI, sect. VI N. 59.

[3]) l. c. dist. II N. 93.

[4]) In der Darstellung des Hypothekarrechtes wird vom Vorzugsrecht überhaupt nicht gesprochen. Es findet seinen Platz in dem Titel über die Exekution.

das geschilderte Auseinandergehen zu lebhaft als Zeichen der Unabhängigkeit dieser beiden Rechte, der Verfolgung und des Vorzuges. Aber sie dann doch wieder als Ansfluss desselben Hypothekarrechtes darzustellen und kausal miteinander zu verbinden, war dann keine leichte Aufgabe, wenn man auch ein dahinzielendes Bedürfnis empfinden mochte[1]). So versucht denn auch Pothier eine Erklärung.

En adhérant par une opposition à la saisie réelle qui a été faite, c'est le droit d'hypothèque que j'ai dans le bien que j'exerce et que je poursuis. La somme pour laquelle je suis utilement colloqué dans l'ordre, en même temps qu'ello est la somme qui m'est personnellement due, est aussi le prix de mon droit d'hypothèque et c'est en tant qu'elle est le prix de mon hypothèqne que je snis colloqué dans l'ordre[2]).

Der Versuch konnte nicht gelingen. Wir begegnen ihm denn auch weiterhin nicht mehr. Es ist eine frappante Erscheinung: das Vorzugsrecht wird von den Autoren des ancien droit durchwegs nicht aus der dinglichen Natur der Hypothek abgeleitet.

Und so bemüht sich denn auch Pothier, eine andere Erklärung zu geben. Er bespricht die Hypothek auf künftig zu erwerbende Güter und nennt den Grund, aus welchem auch diesen Gütern gegenüber die Hypothekare nach der Zeit rangieren.

Quoique les hypothèques des créanciers d'un même débiteur, dont les créances ont précedé l'aquisition de l'héritage faite par ce débiteur, soient toutes nées en même tems, savoir lors de cette acqnisitions, n'ayant pas pu naître plutôt; néanmoins, dans notre Droit, ces créanciers ne viennent pas par concurrence, mais chacun selon l'ordre de la date de leur titre de créance, parce que le débiteur, en hypothéquant au premier ses biens à venir, s'étoit interdit le pouvoir de les hypothéqner à d'antres à son préjudice[3]).

Mit der Pfandbestellung bindet sich also der Schuldner dahin, dass er dieselbe Sache nicht zum Schaden des ersten

[1]) Ancelme cit., Cardaire cit.

[2]) Coutume d'Orléans tit. XXI. § XXI, no. 173.

[3]) Pothier, Traité des hyp. S. 59.

Gläubigers wieder verpfände [1]). Und diese Bindung ist wirksam genug, um eine solche Schädigung auch auszuschliessen. Nicht anders aber war, wie wir wissen, die Idee der ehemaligen Satzung. Genau so wie die Wirkung gegen Dritte als neue Form der Exequierbarkeit aus satzungsrechtlichen Vorstellungen heraus entstanden ist, so lebt auch im droit de préference die Anschauung fort, die Position, die sich der Satzungsgläubiger errungen, dürfte im allgemeinen nicht mehr verschlechtert werden.

Für diese Auffassung scheinen uns folgende Gründe in zwingender Weise zu sprechen.

Unsere Rechte kennen, wenigstens zum Teil, eine Hypothek, bei welcher das dingliche Recht nur gegen den Schuldner wirkt, die aber dem Gläubiger noch ein Vorzugsrecht gibt: Die Mobiliarhypothek. Wir können auf früher gesagtes verweisen, und uns darum kurz fassen. Angesichts dieses satzungsmässigen Rechtsinstitutes vermeiden es aber die Autoren, das droit de préférence durch das dingliche Recht rechtfertigen zu wollen. Dass aber das Vorzugsrecht bei Mobiliar- und Immobiliarpfand dasselbe war, konnte keinem Zweifel unterliegen.

Dans les pays de droit écrit le prix des meubles est distribué par ordre d'hypotéque entre les créanciers hypothécaires, de même que le prix des immeubles, lorsqu'il y a une discussion générale et les créanciers chirographaires viennent par contribution au sol la livre [2]).

Aber auch wo die Mobiliarhypothek nicht Anerkennung gefunden hat, stossen wir auf ein Vorzugsrecht, das mit der alten Satzung in Beziehung zu setzen ist. Wir wissen, dass in vielen Coutumes die zeitlich vorgehende Satzung in der Exekution einen Vorzug genoss als älterer Conventionalarrest. Nicht eine Dinglichkeit, mit welcher der Arrest ursprünglich nichts zu tun hatte, sondern die grössere Vigilanz, die Priorität der Exekutionsanhebung, gab die Potiorität. Diese Auf-

[1]) Hingegen bringt allerdings Basnage eher die Sachhaftungsidee in diesen Zusammenhang herein. S. 73 sagt er: A l'égard de celui qui a contracté l'hipotéque, elle afecte tellement son fonds, qu'il n'est plus en sa puissance d'en disposer, ni de l'engager à d'autres, au préjudice de son premier créancier; vergl. Guyot vo. Hyp. 781.

[2]) Argou II S. 403.

fassung lebt im ancien droit fort in Hinsicht auf die Mobiliarexekution. Bei einer Konkurrenz von Betreibungen geht der Ersthetreibende vor.

Le creancier qui fait premier arrêter et saisir valablement, ou prendre par execution aucuns meubles appartenans à son debiteur, doit être le premier payé[1]).

Die erhöhte Wachsamkeit[2]) gibt also nach wie vor ein droit de préférence. La diligence du premier saisissant fait en sa faveur une espèce de privilége — — toute saisie antérieure opère une préférence sur toute saisie postérieure[3]). Es ist dies in den Coutumes gerade so weit der Fall, als sich nicht die Mobiliarhypothek Anerkennung verschafft hat[4]). Denn in diesem Falle ist eben das — nämliche — Vorzugsrecht in dieser aufgegangen. Dass dieses droit de préférence aber das nämliche ist wie dasjenige aus dem Immobiliarpfandrecht, haben wir bereits gesehen[5]). Der Rechtsauffassung unserer Zeit ist denn in der Tat das Bewusstsein der genetischen Zusammengehörigkeit des Vorzugsrechtes des premier saisissant und des hypothekarischen droit de préférence nicht verloren gegangen. So schreibt de Ferrière zu dem oben zitierten Artikel der Coutume de Paris:

La raison de cet article est que les meubles n'ayant point de suite par hypotheque, et le prix d'iceux n'étant point distribué entre les créanciers selon l'ordre et le temps de leur creance, il est juste qu'il soit baillé au premier saisissant, et que la diligence du creancier qui veille à ses interests soit recompensée, pendant que les autres negligent leurs affaires, et ne se pourvoyent pas par les voyes ordinaires pour se faire payer de leur debiteur[6]).

In aller Schärfe aber betont den gleichen Sinn dieses Vorzugsrechtes in beiden Fällen Guy Coquille in seinen Institutionen:

---

[1]) Art. 178 Coutume de Paris; vergl. Art. 447 Coutume d'Orléans.

[2]) Pothier zu art. 447 cit. erklärt das Vorrecht des premier saisissant daraus, dass er ein pignus judiciale erworben habe.

[3]) Bourjon tit. VIII, chap. I, sect, VI N. 32, No. 36.

[4]) Vergl. Esmein a. a. O. S. 228.

[5]) Oben S. 228, 139, 150, 163.

[6]) Band I 383.

Le créancier qui premier fait saisir meubles valablement doit être préféré et premier payé — —. Mais l'exécution sur chose mobiliaires désire enlèvement et transport. Et si le meuble n'est desplacé la seconde exécution avec desplacement sera préférée à la première — — la raison est pour ce qu'en meuble n'y a hypothèque par convention, ains seulement par apprehension réelle[1]).

Aber nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Rechtspraxis zeigt sich eine analoge Behandlung des beidseitigen Vorzugsrechtes. Es ist kein Zweifel: das zu Grunde liegende Prinzip wird nicht mehr so recht verstanden und nicht mehr so hochgehalten wie einstmals. Es erleidet Abschwächungen, Ausnahmen. So soll der premier saisissant des Vorzuges verlustig gehen im Fall der Insolvenz des Schuldners[2]). Aber noch mehr: Es drängen sich Privilegien vor, denen gegenüber die Priorität der Prävenienz zurückgestossen wird. Die Gunst der älteren Pfändung ist dagegen ziemlich widerstandslos. Dasselbe ist auf dem Gebiet des Hypothekarrechtes wahrzunehmen. Wohl wird immer wieder versichert, es gelte wie in Rom das Prinzip: qui prior est tempore, potior est jure: La priorité fait que ce qui est le premier en hipotéque, est le premier mis en ordre de distribution[3]). — Le prix est distribué entre eux (sc. die Gläubiger) selon l'ordre de leurs hypothèques[4]). Aber es geschieht in durchaus oberflächlicher Weise, wenn dergestalt die Priorität als für den Rang entscheidend hingestellt wird[5]). Ein wirklich zwingender, innerer Grund fehlt. Und der historisch richtige, welcher im Exekutionsrecht fusst, erscheint für unsere Zeit nicht durchschlagend genug, um nicht Be-

[1]) Institutions S. 444 f. cit. Esmein S. 228 N. 2; vergl. d'Héricourt S. 227.

[2]) Art. 474 C. d'Orléans cit. art. 179 C. de Paris: Toutefois en cas de deconfiture chacun creancier vient à contribution au sol la livre, sur les biens meubles du debiteur. Et n'y a point de preference ou prerogative pour quelque cause que ce soit; encore qu'aucun des creanciers eût fait premier saisir.

[3]) Basnage S. 57.

[4]) Pothier cit. S. 51.

[5]) Weshalb denn gelegentlich auch Basnage den Vorzug aus der Erfüllung der authentischen Form ableitet, wie wir bereits im ersten Teil gesehen.

strebungen, die auf eine Durchbrechung dieser Rangordnung hinausliefen, überaus erfolgreich erscheinen zu lassen. Die natürliche Folge dieser Sachlage besteht in der widerspruchslosen Preisgabe der natürlichen Hypothekarordnung gegenüber dem Privilegierungssystem.

Dans la concurrence de deux saisies entre denx créanciers d'une même personne, la senle qualité de premier créancier ne sufit pas pour aquerir la préference, elle se juge souvent par des circonstances particuliers, cessant qnoi il est juste de préferer le premier créancier, comme aiant un droit plus pnissant et plus ancien que le débiteur n'a pû afoiblir par les hipotéques nouvelles qu'il a contractées [1]).

On ne suit pas à l'égard de tous les créanciers l'ordre de la date de lenrs hypothéques; cet ordre n'a lien qu'entre les simples créanciers hypothècaires. — Il y a certaines créances et certaines hypothèques privilégiées, qni ne s'estiment pas par leur date, mais par leur cause, et qui précèdent les autres créanciers, quoiqu'antérieurs [2]). Leichten Herzens wird das Prinzip, wonach die Priorität über den Rang entscheidet, fallen gelassen. Warum auch nicht? Ist denn nicht der Grundsatz der Privilegierung, der Rangbestimmung nach Wertung (von Creditor und) causa einlenchtender? Nirgends ist zu entdecken, dass dadurch die Natur des Pfandrechtes alteriert würde.

Freilich, wie sollte eine solche Einsicht auch möglich sein, wo das spezielle Pfandrecht seiner Eigenart beraubt und fast vollständig in der Vermögenshaftung aufgegangen ist. Und dies ist das letzte Moment, das bei der Würdigung des droit de préférence berücksichtigt werden muss. Das Pfandobjekt ist regelmässig nicht spezialisiert und selbst wenn dies noch der Fall ist, erscheint doch das Band dieser speziellen Sachhaftung so locker als nur möglich. Deshalb kann auch das Vorzugsrecht nnr sein, was es schon im Mittelalter war. Die obligatio specialis des très ancien droit und die Hypothek des ancien droit geben ein privilegium exigendi.

[1]) Basnage S. 442. Er spricht denn auch nur von dieser „Priorität“ als von einer „Regel“, die beinahe immer zutreffe S. 173.

[2]) Pothier l. c. S. 51.

Diese Erwägung führt uns von der bisherigen Betrachtung der im technischen Sinne satzungsrechtlichen Elemente hinüber zur Darlegung der anderen Seite, die wir als für das Wesen der Hypothek unseres Zeitabschnittes charakteristisch wahrgenommen haben. Die Hypothek succediert in den Nachlass der alten obligatio generalis, soweit sie in der Vermögenshaftung aufgegangen ist.

Und da muss denn vorweg nochmals an das früher über die auf Diskussion des Schuldners gehende Einrede des Drittbesitzers einer verpfändeten Liegenschaft Gesagte erinnert werden. Wir sind seither auf Quellenaussagen gestossen, welche bestätigen, dass eine derartige Einrede bei der obligatio generalis sofort als natürlich empfunden und deshalb zugelassen wurde, sobald überhaupt in den weitergehenden Wirkungen derselben die natürlichen Voraussetzungen dazu vorhanden waren. Andererseits wissen wir, dass das Privileg des Drittbesitzers für den Fall einer Spezialhypothek im 16. Jahrhundert noch um Anerkennung ringen musste. In der Folge wird freilich auch hier die Einrede unbestritten[1]) geltend gemacht.

Diese Stellungnahme besagt, dass nach der Veräusserung des Pfandobjektes die engere Sachhaftung der allgemeinen Vermögenshaftung gegenüber von subsidiärer Bedeutung sei[2]). Die obligatio omnium bonorum geht vor. Das hat denn auch die zeitgenössische Doktrin scharf erfasst.

[1]) Seit dem letzten Viertel des 16. Jahrhunderts; vergl. d'Héricourt S. 61. Nicht nur der Hauptschuldner, sondern auch der Bürge soll belangt werden vor dem Drittbesitzer. Pothier S. 28. Ja selbst in Hinsicht auf die durch den in notarieller Form abgefassten Bürgschaftsvertrag obligierten und seither veräusserten Liegenschaften des Bürgen soll die Diskussion mit Erfolg verlangt werden können! Basnage S. 56. Interessant ist die Auffassung von Guy Coquille, Questions S. 612. Er findet die Zulassung der Exception rigoros und will zu Gunsten des Drittbesitzers nur bewilligen, dass er nicht des Besitzes entsetzt und allerdings auch, dass das décret-Verfahren zuerst auf die beim Schuldner verbleibenden Güter angewendet werde. Aber dieser Gunstgewährung gegenüber erscheint ihm offenbar doch der Ausschluss der Einrede juristisch als allein gerechtfertigt. Er empfiehlt deshalb, von Anfang an auch die veräusserten Pfandobjekte mit Beschlag belegen zu lassen.

[2]) Vergl. v. Schwind a. a. O. 175. Nach dem Landrecht für das Herzogtum Preussen (1620) musste sich der Gläubiger zunächst ebenfalls an den Schuldner und den Bürgen halten. Dort S. 47. Als selbständig

La raison est, qu'en ces hipotéques il y a deux obligations qui concourent, la personnelle et l'hypothécaire: la personnelle est la premiere comme la plus noble, et par laquelle l'on doit commencer[1]).

Wie aber gestaltet sich das Verhältnis, wenn die specialiter verpfändete Liegenschaft noch beim Schuldner ist? Da ist vor allem daran zu erinnern, dass dank der früher entwickelten Grundsätze der Spezialhypothek stets eine Generalhypothek zur Seite steht. Unsere Frage ist also dahin zu präzisieren: Wie verhalten sich Spezial- und Generalhypothek zu einander in Hinsicht auf den schuldnerischen Immobiliarbesitz?

Da geht denn die Meinung zunächst dahin, dass, wer sich ausdrücklich ein spezielles Pfand hat anweisen lassen, sich in erster Linie auch an dieses zu halten habe. Das hat freilich die leidige Folge, dass dieser Gläubiger in eine ungünstigere Lage kommen kann, als ein nachfolgender Gläubiger, der nur eine Generalhypothek hat Denn dieser hat in seinem Zugriff Freiheit, während jenem die Hände gebunden sind. Umgekehrt gibt ihm das Spezialpfandrecht nicht die Befugnis, einem älteren Hypothekar mit Pfandrecht auf das ganze Immobiliarvermögen die Exekution gerade in sein spezielles Pfandobjekt zu verwehren. Die Bestellung einer Spezialhypothek führt also nur zur Schwächung des betreffenden Gläubigers.

Le créancier qui a seulement une hipotéqne générale, bien qu'il soit posterieur, empêchera que le créancier anterieur qui a l'hipotéque spéciale, vienne en distribution, avant qu'il ait discutè son hipotéque spéciale. — — Il est souvent plus à propos de n'avoir qu'une hipotéque générale, que d'en avoir une spéciale sur certains biens, outre la générale. Car lorsqu'on n'a qu'une hipotéque générale sur certains biens, le debiteur n'y donne point d'ateinte, et ne l'afoiblit point en contractant une hipotéque spéciale sur quelque partie de ses biens, mais si outre l'hipotéque générale, l'on se fait hipotéquer par-

---

tritt uns das Pfandrecht schon wieder in der preussischen Hypotheken- und Konkursordnung von 1722 entgegen. l. c. S. 51.

[1]) Basnage S. 56. Wir wissen nach der Darstellung im ersten Teil, dass diese Ausdrucksweise ein junge, eine neuzeitliche und durchaus doktrinäre ist, die sich in den mittelalterlichen Quellen nicht findet und sich aus ihnen nicht rechtfertigen lässt.

ticulierement quelque chose, ce créancier ne se peut adresser sur les autres biens, avant que d'avoir discuté ceux qui sont particulierement afectez à sa dette[1]).

Um nun jeglichen — die Vorsicht, mit welcher die alten lettres obligatoires abgefasst wurden, liess man auch den authentischen Akten angedeihen — jeglichen derartigen Nachteil zu verhindern, nahmen die Parteien resp. die Notare eine Klausel in die Verträge auf: que la speciale ne déroge à la generale ny la generale à la speciale. Dadurch soll das dem Gläubiger im Falle einer Spezialhypothek unter Umständen lästige beneficium excussionis beseitigt werden.

Es ist jedoch eine merkwürdige Erscheinung, die wir gewahren: Die Autoren sind sich darüber nicht einig, wem denn ohne diese Klausel dies Beneficium zugestanden, wessen Beneficium durch sie ausgeschlossen werden solle. Nach Basnage[2]) soll nur ein Hypothekargläubiger einem andern seine Spezialhypothek in dem oben genannten Sinne vorwerfen dürfen. Nach andern soll das Beneficium mangels der derogierenden Klausel dem Schuldner, und nur ihm zustehen[3]). Endlich wird es gar dem Drittbesitzer zugeschrieben, sodass es nur die Bedeutung der persönlichen Diskussion hätte[4]).

Diese Unsicherheit, ja Verständnislosigkeit zeigt bereits, dass die Frage kaum mehr praktisch wurde. Die Klausel, die dies bewirkte, war de style. Die Notare pflegten sie in alle von ihnen aufgesetzten Urkunden aufzunehmen[5]). Und was wir schon des öftern wahrgenommen, scheint auch in diesem Falle eingetreten zu sein. Die Rechtsübung führte zu einer

---

[1]) Basnage S. 54 f.; vergl. Faber, de Error. pragm. t. I, t. 6, err. 4. Loyseau III 8, 29. Guy Coquille Questions 610. Über andere Nachteile der speziellen gegenüber der generellen Hypothek vergl. Basnage 51, 54, 55.

[2]) S. 51. Dies ist denn auch die richtige Auffassung. Nur um das Interesse der Gläubiger konnte es sich bei dieser Regelung handeln. Wir finden dieselbe übrigens auch in deutschen Partikularrechten. v. Schwind S. 34, die sächsische sog. alte Prozessordnung von 1622. Ebenso musste nach dem Landrecht für das Herzogtum Preussen derjenige, der eine Spezialhypothek hatte, sich zuerst an das Pfandobjekt halten, bevor er auf das übrige Vermögen greifen konnte, l. c. S. 47; vergl. S. 176.

[3]) Guyot vo. Hyp. 781.

[4]) Loyseau III 8, 29.

[5]) de Ferrière II S. 212.

materiellen Rechtsänderung. Wenn die Klausel fehlte, wurde sie doch als stillschweigend vom Schuldner zugesagt, in wirksamer Weise nachträglich geltend gemacht.

Cette dérogation est même si ordinaire que Domat pense qu'elle doit toujours être sousentendue[1]).

Und diese Ansicht vertritt schon Bourjon des Entschiedensten: l'hypothéque spéciale ne déroge pas à la générale et — de droit tous les biens de celui qui est condamné ou obligé autentiquement, sont hypothéques pour la sûreté de son engagement[2]).

Diese Auffassung entspricht denn auch weitreichenden Haftungsgrundsätzen, die sich allgemeiner Anerkennung erfreuten, also auch gehegt wurden von den Autoren, die theoretisch der Zulässigkeit des beneficium excussionis realis mangels einer derogierenden Klausel das Wort liehen. Unsere Autoren betonen nämlich, dass in Hinsicht auf die im Besitz des Schuldners befindlichen Güter die Zugriffsrichtung völlig in der Wahl des Gläubigers liege, da alle Güter in gleicher Weise obligiert seien.

L'on ne distingue point à l'égard du debiteur si l'hipotéque est générale ou spéciale; le créancier peut se faire paier sur tel bien qu'il lui plaît, soit qu'il lui soit obligé généralement ou spécialement, parceque le créancier a un droit également bon sur tous les biens de son débiteur[3]).

Wenn also ursprünglich die Begründung eines Spezialpfandes die Bedeutung hatte, ein Exekutionsobjekt in den Vordergrund zu stellen, so verschwindet schliesslich auch noch diese letzte Spur eines selbständig erfassten Sachhaftungsrechtes. Spezielle sächliche und allgemeine Vermögenshaftung vereinigen sich, erstere geht ununterschieden auf in der Vermögenshaftung. Nur darin unterscheidet sich noch der Hypothekargläubiger vom Chirographargläubiger, dass ihm gemäss seiner „Priorität" ein privilegium exigendi in der Immobiliarexekution zusteht. Aber selbst dies Vorzugsrecht erhält noch seine Abschwächungen, seine Zurücksetzungen. Es konnte deshalb nicht ausbleiben,

---

[1]) Guyot l. c. S. 781.
[2]) Tit. VI, chap. I, sect. III N. 26 uud chap. II, sect I. N. 6.
[3]) Basnage S. 51, Loyseau III 8. 19.

dass man den Hypothekar, solange er sich an die nichtveräusserten Pfandobjekte hielt, ausschliesslich als persönlichen Gläubiger betrachtete. Infolgedessen erscheint es aber auch nur als natürlich, dass jedem persönlichen Gläubiger grundsätzlich in thesi die Vermögenshaftung als hypothekarische Haftung zugedacht wird. Die quasihypothekarische obligatio bonorum ist zur hypothekarischen geworden. Schon Bouteiller sagt: aussitost que l'homme est obligé, hypotheque s'y assiet (S. 137). Hypothek ist hier aber nur die alte Vermögenshaftung. Nun aber ist die Entwicklung auf der vorgezeichneten Bahn weitergeschritten:

l'hypothéque paroit une suite naturelle de tout engagement: ce qui est exactement vrai par rapport au débiteur dont les biens ne peuvent être affranchis des suites de ce droit relativement à lui, lorsque la personne est obligée[1]).

Mit dem Schuldvertrag ist also die „Hypothek" notwendig gegeben, zunächst allerdings nur dem Schuldner selbst gegenüber. Freilich nur aus Zweckmässigkeitserwägungen heraus muss man diese — begrifflich für unsere Autoren offenbar nicht zu rechtfertigende — Einschränkung dulden. Theoretisch erschiene es als richtiger, jeden Schuldvertrag von Gesetzeswegen mit vollwirksamer, hypothekarischer Vermögenshaftung auszustatten.

Tout engagement la (die dinglich wirkende Hypothek) produiroit, si ce n'étoit l'abus qu'on en pourroit faire contre des tiers[2]).

Aus praktischen Gründen bedarf es demnach einer Form um den Satz der Jüngern: Qui s'oblige, oblige le sien vollinhaltlich wahr zu machen, um die obligatio bonorum zu einer vollwertigen zu gestalten.

La convention sous seing-privé oblige les particuliers entre eux; mais pour que ces conventions aient leur effect envers des tiers, il faut l'interventión des notaires[3]).

Und Bourjon führt in der oben zitierten Stelle fort[4]), nachdem er die Haftung des Vermögens in Hinsicht auf den

[1]) Bourjon tit. VI, chap. I, sect. I no. 2.
[2]) l. c. sect. II no. 19.
[3]) Guyot vo. Hyp. 782.
[4]) Oben N. 2.

Schuldner als notwendige Folge des Schuldvertrages dargestellt hat:

Mais cela par rapport à des tiers auroit eu trop d'inconvéniens; ainsi comme l'hypothéque réfléchit contre les tiers, il a fallu l'assujettir à une forme autentique[1]).

Aber der Rechtsgelehrte beeilt sich zu versichern, dass die Erlangung dieser Form dem Gläubiger soviel wie möglich erleichtert worden müsse und erleichtert werde. Das gerichtliche Schuldanerkenntnis, dessen es bedürfe[2]), entgegen zu nehmen, sei jeder Richter kompetent Denn er müsse nur die Sicherheit des Datums konstatieren, damit sich daraus die Hypothek als natürliche Folge ergebe. Der Gläubiger dürfe ferner schon vor der Fälligkeit, von der Schuldbegründung an, das Begehren stellen und der Schuldner sei innert den kürzesten Fristen zu zitieren[3]).

Cette voye d'acquerir l'hypothéque est si favorable, que tout créancier du contenu en une promesse ou en un billet, encore qu'ils ne fussent pas échûs a la voye ouverte pour l'acquerir; comme elle fait la sûreté de sa créance, il seroit injuste de la lui dénier[4]).

Zudem aber wissen wir, dass jeder autentische Akt dem Gläubiger die Hypothek verleiht. Da sie — im Geiste der Zeit: leider — nicht schon aus dem Schuldvertrag folgen kann, muss sie doch wenigstens aus der Formerfüllung sich zur Sicherung der Gläubigerrechte ergeben. Und dies geschieht de lege. In folgerichtigster Weise reiht sich diese Erscheinung ein in die Gesamtauffassung der Vermögenshaftung, wie wir sie kennen gelernt haben.

L'hypothèque ne dépend point seulement du consentement et de la convention des parties, mais se constitue par la seule autorité du loi et le ministère de ses officiers[5]).

C'est l'autenticité d'un tel acte abstraction faite des clauses qui la composent, que la loi attache ce droit. — — L'hypothéque vient de la loi qui la donne comme un acces-

[1]) l. c. N. 2.
[2]) Sofern nicht der Schuldvertrag in autentischer Form abgefasst ist.
[3]) l. c. N. 18 und 19.
[4]) N. 17.
[5]) Brodeau sur Louet H. n° 15.

soire à tout engagement contenu dans un acte autentique et dont la date est constaute[1]).

L'hypothéque vient toujours de la loi et non de la seule convention[2]).

Es ergibt sich demnach, dass die Hypothek eine gesetzliche ist. Die Entwicklung hat damit ein Endziel erreicht, dem sie seit Jahrhunderten zusteuerte, dessen Keime in den bald stereotyp werdenden Obligationsklauseln des dreizehnten Jahrhunderts liegen. Diese Klauseln trugen in sich selbst die Voraussetzungen ihres Unterganges. Das Prinzip der Vertraglichkeit der Haftungsherstellung, in einem einfachen Formalismus auf die solideste Basis gestellt, wurde durch sie in später Stunde auf die Spitze getrieben, überspannt und fiel dann in sich zusammen. Die Obligation wurde eine gesetzliche. Wie die persönliche, so auch dank der Fortexistenz und des Fortwirkens der Satzungsklauseln in den zu erhöhter Bedeutung gelangten lettres die sächliche Haftung. In aller Schärfe ist dieser Charakter der generellen Hypothek des ancien droit als einer Legalhypothek noch in folgenden Stellen ausgesprochen.

En France, la convention ne produit point l'hypothèque, c'est la loi seule qui la donne indépendamment de la stipulation d'hypothèque; elle l'attache aux titres des actes passés par devant notaires ou à l'autorité des jugemens rendus par les magistrats revêtus du caractère de l'autorité publique, ou enfin à la seule nature de certaines dettes privilegiées auxquelles elle a jugé à propos d'attacher la sûreté de l'hypothèque. La première espèce d'hypothèque, quoiqu'elle soit en effet légale, peut s'appeler contractuelle, parce qu'elle est attachée aux titres des contrats passés par devant notaires[3]).

La distinction de l'hypothéque conventionnelle et de l'hypothéque tacite sera bonne si l'on veut dans le droit romain, mais elle ne l'est point parmi nous, qui ne l'avons point reçue. Un principe incontestable dans nos mœurs est, que l'hypothéque naît de l'authenticité et non pas de la convention. Allerdings könne ausdrücklich eine Hypothek zugesagt sein.

---

[1]) Bourjon l. c. N. 24 und 25 S. 431.

[2]) l. c. N. 1.

[3]) Prévôt de la Jannès, Principes de la jurisprudence française. Ed. 1780 I 197 f.; vergl. Esmein S. 223.

C'est en ce sens que nous entendous l'hypothéque conventionnelle, que nous distingnous de l'hypothéque légale, la quelle accompagne, quoique non convenue, toutes les ohligations, soit contenues dans des actes authentiques, soit dérivantes de lois, de coutumes, d'ordonnances, de jugemens[1]).

Der Unterschied zwischen vertraglicher und gesetzlicher Hypothek wird also geradezu ins römische Recht zurückverwiesen, denn alle Hypotheken seien gesetzliche. Vertraglich soll nach der letztzitierten Stelle nur eine Hypothek genannt werden können, die ausdrücklich stipuliert war. Hingegen der erstzitierte Autor legt dies Attribut auch den Hypotheken bei, deren Existenz auf einen authentischen Akt zurückzuführen sind, da hier doch die Parteien selbst Handlungen vornahmen, die unmittelbar dem Zwecke der Pfandrechtsbegründung dienten. Immerhin weisen beide Autoren auf die Existenz von Legalhypotheken in einem engern Sinne des Wortes hin.

[1]) Aus einem Plaidoyer cit. Guyot vo. Hyp. S. 788.

Zweites Kapitel.

Die Forderungsprivilegierung im Rahmen des altfranzösischen Haftungsrechtes.

1. In jedem einigermassen differenzierten Recht wird eine gesteigerte Schutz- und Sicherungsbedürftigkeit gewisser Forderungen im Vergleich zu andern anerkannt. Es erscheint gerechtfertigt, eine unterschiedliche Behandlung eintreten zu lassen, sei es wegen der faktisch oder rechtlich eigenartigen Lage bestimmter Gläubiger, in Rücksicht also auf die Person des Berechtigten, sei es wegen der unterschiedlichen causae, aus denen die Forderungen entspringen und die in Anbetracht ihrer von Fall zu Fall mehr oder weniger verschiedenen ethischen und wirtschaftlichen Bedeutung Grund genug abgeben zur Schaffung einer ausgezeichneten Rechtslage zu Gunsten der einen oder andern Aussprüche. Darin liegt das Wesen der Forderungsprivilegierung im weiteren Sinne des Wortes: Auf Grund von Erwägungen, die eine derartige Gunst gerechtfertigt erscheinen lassen, wird ein Gläubiger von Gesetzeswegen anders, besser[1]) behandelt, als wie die Gläubiger nach dem Rechte des Landes im allgemeinen behandelt werden.

Der Wege, die zu diesem Ziele führen und schon führen sollten, sind gar viele und mannigfaltige. Ein Massstab für die historische Wertung all dieser Wege ist wohl in der genetischen Bedeutung derselben zu finden.

Es kann ein Institut, das bisher ius commune war, als solches verdrängt, nun aber noch den Zwecken der Forderungs-

[1]) Sofern, was hier der Fall sein soll, vom privilegium odiosum abgesehen wird.

privilegierung diensthar gemacht werden. Das gemeine Recht ist ein anderes geworden. Von seinem Standpunkte aus, also dogmatisch, bedeutet auch dieses Mittel einer ausgezeichneten Behandlung gewisser Forderungen, wie überhaupt dem Effekte nach jede Forderungsprivilegierung Aufhebung, Durchbrechung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Ebenso sicher liegt aber in diesem nunmehr herrschenden Rechtsgrundsatz, historisch betrachtet, ein Bruch mit den früher massgebenden Auffassungen und Einrichtungen. Ununterbrochen hingegen leben diese letzteren noch fort in dem engen Gebiete, das diesen Zurückgedrängten angewiesen wurde: als ius singulare. Ja, so lange das gemeine Recht noch im Fluss ist und mit dem alten gebrochen hat, ohne bereits die Konsequenzen daraus gezogen zu haben, liegt die Möglichkeit vor, dass das singuläre Recht vom Standpunkte des zeitweiligen allgemeinen Rechtszustandes aus immer noch als das folgerichtige und auch dogmatisch als am leichtesten zu rechtfertigen erscheint. Dies ändert sich jedoch mit der Konsolidierung der neuen Ordnung der Dinge und das Privilegierungsmittel, einst ius commune, ist nur noch ein dem früher oder später sicher eintretenden Untergang geweihtes Rudiment.

So lautet beispielsweise das letzte Kapitel in der Geschichte der Personalexekution. Die Dinge im Gange ihres Werdens betrachtet, erscheint nichts natürlicher, als dass der Gläubiger in die Person des Schuldners exequieren kann, nachdem sich dieser durch Mund und Hand hafthar gemacht hat. Und doch haben wir gesehen, dass schon zu einer Zeit, da das Treugelöbnis noch in tagtäglicher Übung war, die Personalexekution eingeschränkt wurde. Es bedurfte, wollte sich der Gläubiger dies Recht, auf die haftende Person selbst greifen zu können, nicht versagen, einer besonderen, über das Treugelöbnis hinausgehenden Beredung. Es ist nicht zu verkennen, dass dieser Rechtszustand an einem inneren Widerspruch litt, der einer destruktiven Tendenz in Hinsicht auf den Formalismus rief. Zur Zeit des Überganges finden wir nun aber noch das alte, in sich geschlossene, logische Rechtssystem konserviert auf dem Boden der Forderungsprivilegierung. Wer dem Vertreter des Königs gegenüher sich mit Treugelöbnis verpflichtete, hatte mit seinem Körper einzustehen. Auch auf

gewissen Märkten, deren Handel es zu unterstützen galt, hiess es immer noch: Dich selbst machst Du haftbar, wenn ich die Hand, die Du mir bietest, annehme. Indessen überdauerte auch in diesen Positionen das materielle Recht den Formalismus. Ausgesprochener als früher tritt uns nun in diesen Fällen die Personalexekution als ein Privilegium entgegen. Das Band, das auf ein einstiges ius commune hinwies, ist verschwunden. Das neuzeitliche allgemeine Recht der ausschliesslichen Vermögenshaftung erleidet eine Durchbrechung in dem Sinne, dass zu Gunsten gewisser Forderungen das Gesetz auch noch die spezifische Personalhaftung zulässt uud zwar erscheint wie dort die Vermögens- so hier die Personenhaftung als eine gesetzliche, die ipso iure mit dem Existentwerden des Schuldvertrages eintritt.

La personne ne peut estre constitué prisoniere pour debte civile faute de payement, si elle ne s'y est expressement obligée, ou qu'il soit question de deniers privilegiez [1]).

Aber wie wir sehen, konnte die Personalhaftung immer noch vertraglich begründet werden. Unser Privileg war indessen dem allgemeinen Recht der Vermögenshaftung gefolgt. Es streifte den Begründungsformalismus ab. Es wurde gesetzlich. Darin eben liegt nuumehr die Privilegierung, dass die Haftung ohne ausdrückliche Beredung eintritt. Dies ändert sich im 17. Jahrhundert. Die Ordonnanz [2]) vom April 1667 umschreibt nicht nur genau den Kreis der Forderungen, die als privilegierte de lege dem Gläubiger das Recht der Personalexekution geben, wie z. B. die Gerichtskosten, die Ansprüche der Pupillen aus der Administration der Vormünder, die Ansprüche aus dépôt nécessaire [3]) u. a. m., sondern sie nimmt auch den Verträgen, die auf Unterwerfung des Schuldners unter die contrainte par corps abzielen, im allgemeinen ihre Wirksamkeit. Nur ein Fall ist ausgenommen und dieser erscheint denn auch wieder als ein Privilegium der hier besprochenen Kategorie: Für das ius commune wird ein Verbot der vertraglichen Einräumung

---

[1]) Metz, Coutumes 1611 tit. XV, art. 10.

[2]) Touchant la reformation de la justice, Isambert XIV S. 189 f.

[3]) XXXIV 2, 3, 4; vergl. Mittermaier im Archiv für die zivilistische Praxis XIV S. 110 f.; Menger, Archiv cit. LV 400 f.; Kohler, Shakespeare S. 43 n. 2; Bourjon S. 569 f.

der Personalexekution aufgestellt. Zu Gunsten der ländlichen Verpächter aber wird das alte Recht noch als singulare anerkannt. Es soll möglich bleiben, auf vertraglichem Wege ein Recht auf contrainte par corps gegen den Pächter zu erlangen[1]). In Hinsicht auf die genannten begünstigten Forderungen liegt nun aber das Privileg nicht mehr bloss darin, dass es bei ihnen einer Beredung nicht bedarf, sondern darin, dass ihnen ein aus dem gemeinen Recht überhaupt annähernd vollständig verdrängtes Exekutionsmittel zuerkannt wird.

Mit jeder Änderung des gemeinen Rechtes, dem gegenüber das Privilegium als singuläre Durchbrechung erscheint, ändert sich, eben in Hinsicht auf den breiten Untergrund des ius commune, der Charakter dieses Privilegiums. Und es ist kein Zweifel, dass seine Züge dem gemeinen Recht gegenüber immer fremdartigere werden. Der Gegensatz erweitert sich. Notwendigerweise wird die Domäne dieses singulären Rechtes verengt, bis ihm schliesslich aller Boden entzogen wird[2]).

---

[1]) l. c. art. 6 und 7; vergl. Code civil art. 2062. Den Gegensatz zu diesem Rechte bildet die Bestimmung, dass bestimmten Schuldnern gegenüber die Personalexekution nicht angewendet werden dürfe; vergl. Ordonnance de Philippe de Valois vom Juli 1343 (Ord II) zu Gunsten ausländischer Gewerbetreibender, die die inländischen Märkte besuchen kommen. Loysel, Institutes II S. 244 N. 8: Ceux qui vont ou reviennent des foires, du jugement ou mandement du roi, ne peuvent estre arrestés pour dettes, quoi qu'elles soient privilégiées. Hier also im Gegensatz zu dem oben genannten Recht des Verpächters Ausschluss jeder Personalexekution. Es ist einleuchtend, dass die genetische Bedeutung dieses Privilegs dasselbe in die zweite Kategorie singulärer Sicherungsmittel verweist, wie wir sie im Texte unterscheiden. Denn dies Verbot hat einen der allgemeinen Rechtsentwicklung vorgreifenden Charakter.

[2]) In ähnlicher Weise hat auch in vielen anderen Rechten die absterbende Personalexekution die Funktion des ausnahmsweisen Forderungsschutzes ausgeübt. So in deutschen Rechten, beispielsweise ging die Exekution für Forderungen gegen Fremde, ferner für Zins, Lidlohn, geliehenes Geld, Wein, Zehrgeld, Kaufpreis bei Barkauf gegen die Person im Zürcherischen Recht; vergl. Wyss, Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, Zeitschrift für schweiz. Recht Band III S. 1 f., insb. S 17. Dort auch über das ähnliche Recht von Luzern S. 40, und Dorf- und Amtsrecht S. 50. — Bekanntlich verwendete auch das spätere römische Recht die Personalexekution vorzugsweise gegen Fiskalschuldner; vergl. C. Th. IV 20, 1.

Häufig kommt nun aber den Privilegierungsmitteln entwicklungsgeschichtlich eine ganz andere Bedeutung zu. Es wird eine Vergünstigung statuiert, die nicht als die zu Gunsten bestimmter Forderungen vorgesehene Konservierung eines im übrigen überwundenen Institutes oder Grundsatzes erscheint, sondern im Gegenteil dem ius commune gegenüber eine Neuerung bedeutet. Das gesteigerte Schutzbedürfnis wird dadurch befriedigt, dass in singulärer Weise zugelassen wird, was bisher dem Rechte fremd war, ihm widerstrebte. Dergestalt wird aber das Bedürfnis der Forderungsprivilegierung zu einer produktiven Kraft im Bereiche der Rechtsbildung. Das Bestreben nach ausgezeichnetem Rechtsschutz lässt neue Rechtsgrundsätze zur Anerkennung kommen, neue Rechtsinstitute praktische Gestalt annehmen[1]). In der

---

Puchta, Institutionen I § 179, Bethmann-Hollweg, Zivilprozess II S. 689, Kohler, Shakespeare 10 f., Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 450 f., 457. Voigt, Exekutionsrecht S. 108 f., 119. — Ebenso wurde in Griechenland, sehr früh (seit Solon), insb. in Athen, die Personalexekution für die Forderungen des Staates und aus Handelsverkehr reserviert. Kohler l. c. S. 13, Boeckh, Staatshaushalt der Athener, insb. Buch I cap. XIII. Hermann, griechische Altertümer I § 86, II § 17. — Desgleichen in Ägypten seit König Bochoris im 8. Jahrh. a. Chr. Mitteis l. c. S. 447; vergl. jedoch Voigt a. a. O. S. 120. Das Edikt des Tib. Jul Alex. Bruns, Fontes 5. Aufl. S. 218 § 4; Rudorff, Rheinisches Museum für Philologie II S. 68; Révillout S. 204 f.; Mitteis 525 f.

[1]) Denn die Not macht erfinderisch. Einer ausgezeichneten Behandlung einzelner Forderungen steht nicht nur das Interesse der Gesamtheit der Gläubiger, sondern auch dasjenige des Schuldners entgegen. Dass die Interessen der ersteren geschont werden müssen, ist einleuchtend. Es trifft dies aber gerade bei der Forderungsprivilegierung in erhöhtem Masse auch in Hinsicht auf den Schuldner zu. Denn die Lage dieses letzteren darf nicht in einem Masse erschwert werden, dass dadurch das Zustandekommen jener Rechtsverhältnisse gefährdet erscheint, aus welchen jene eines besonderen Schutzes wert erachteten Forderungen entspringen. Es müssen also mehrere gegenteilige Interessen versöhnt werden. Es handelt sich dabei geradezu um die soziale Rentabilität des singulären Rechts. Es ist begreiflich, dass sie dadurch angestrebt wird, dass zur Privilegierung Mittel ergriffen werden, die einen möglichst geringen Reibungseffekt erwarten lassen. Möglichst weitgehender Schutz bei möglichst weitgehender Schonung von Schuldner und Drittgläubiger, das ist das erstrebenswerte Ziel. Für gewöhnlich liegen die Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner einigermassen abweichend, von vornherein schon einfacher, da es sich bloss um zwei Parteien handelt. Dann ist der Gläubiger oft in der Lage, die

Tat treffen wir denn häufig solche Neuerungen zuerst gerade im Bereiche des singulären Rechtes, von wo aus sie schliesslich das ius commune siegreich überfluten.

Für solche Entwicklungsgänge bietet das römische[1]) Recht Belege von hervorragender Wichtigkeit. Da ist denn vor allem auf die Bedeutung des Staatsvermögensrechtes hinzuweisen. Dies steht nun freilich ausserhalb des zivilen Vermögensrechtes, ist nicht jus singulare. Indessen bewegte es sich notwendigerweise im allgemeinen doch in den nämlichen Formen wie jenes[2]). Wo es davon abwich und eigene Wege ging, trat dies keineswegs in der Form, aber doch der Wirkung nach als singuläres Recht in die Erscheinung. Wenigstens trifft dies zweifellos zu, soweit es sich um die Sicherung von Staatsforderungen handelt. Diese letzteren bedurften einer ganz besonders vorteilhaften Behandlung[3]). Und das ärarische Recht liess sie ihnen angedeihen, damit neuen Rechtsbildungen von der grössten Tragweite mächtig Vorschub leistend. So wurden für die Staatsforderungen sehr früh die Weiterungen der zivilen Personalexekution vermieden und in der sectio bonorum eine ärarische Vermögensexekution geschaffen. Damit stellte sich das öffentliche Vermögensrecht in Gegensatz zum privaten, welches grundsätzlich den Zugang zum Vermögen nur durch Angriff der Person öffnete. Die Überlegenheit der ärarischen

allerweitestgehenden, zuweilen geradezu drückende, Garantien zu verlangen, ohne dass der Schuldner sich der Sache entledigen könnte; vergl. folgende Note.

[1]) Nicht weniger auch das griechische. Die Hypothek scheint hier ursprünglich wesentlich nur dem Sicherungsbedürfnis der Dotal- und Mündelforderungen gedient zu haben. Das Bestreben, diese Forderungen zu schützen, aber trotzdem den Schuldner — den Ehemann, den Pächter der Mündelgüter — nicht zu sehr zu belasten, rief demnach der hypothekarischen Verpfändung. Der Verkehr hingegen hielt sich immer noch an die dem Gläubiger günstigere πρᾶσις ἐπὶ λύσει; vergl. Hitzig S. 1 f., S. 7 f., S. 38 N. 1; Beauchet, Histoire du droit privé de la république athénienne Paris 1897; ferner Hitzig in Zeitschrift für Rechtsgeschichte Band XVIII 146 f. — Ähnliches wäre zu sagen über die Entwicklung der Hypothek in Ägypten, wo auch zuerst das von der Frau in die Ehe Gebrachte auf diese Weise gesichert wird; Révillout 192.

[2]) Hölder in der Münch. Krit. Viert.-Jahrsschrift N. F. VI S. 522 f.

[3]) Dernburg, Pfandrecht I S. 26 f.

Neuerung ist indessen einleuchtend. Sie musste denn auch dem zivilen Recht gegenüber eine vorbildliche Bedeutung erlangen. Die Exekution, welche der Staat für seine Forderungen zur Anwendung brachte, musste auch für das private Verkehrsrecht der Auffassung zum Durchbruch verhelfen: Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse. Die Vermögenshaftung gelangt zu selbständiger Bedeutung[1]).

In derselben Richtung bewegte sich der Einfluss der sogenannten legis actio per pignoris capionem. Hier ist der sächliche Charakter der Vermögenshaftung zu Gunsten der Publikanen und einiger durch Gesetz oder Herkommen bestimmten Forderungen in einer Art und Weise ausgebildet, die den allgemeinen Grundsätzen des ius civile durchaus widersprach. Durch das eigene Handeln des Gläubigers wurde auf Grund der Vermögenshaftung unmittelbar eine engere, faustpfandliche Sachhaftung hergestellt[2]). Es ist überaus bezeichnend für das ältere römische Recht, dass die Geschichte des pignus in dieser singulären Art und Weise einsetzt[3]). Aber die zivilrechtlichen Auffassungen konnten durch dies ärarische und sakrale Recht nicht unbeeinflusst bleiben. Das genommene Pfand erheischte auch eine pfandmässige Behandlung. Aber auch zur hypothekarrechtlichen Entwicklung führen von hier Brücken herüber, nachdem die starre Personalhaftung gebrochen schien. Denn was bedeutet das pignus oppositum ursprünglich anderes als die Einräumung einer Pfändungsbefugnis[4])? So ist denn wohl dem alten gesetzlichen Pfändungsrecht ein mehr

---

[1]) So die herrschende Meinung, Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II § 93 S. 308; Keller, Zivilprozess § 82 S. 430; Rivier, cautio praedibus praediisque § 32 No. 67; Bethmann-Hollweg II S. 670; Rudorff, Z. f. R.-G. VIII S. 81 f.; Dernburg, emptio bonorum 25 f.; Puchta, Institutionen II § 179 N. y. f.; Kniep, societas publicanorum S. 213; Mommsen, römisches Staatsrecht II S. 551; Heyrovski, rechtliche Grundlage der leges contractus S. 105; Voigt, Geschichte des römischen Exekutionsrechtes S. 106 f; a. M. Münderloh, Z. f. R.-G. XII 206; Karlowa, Zivilprozess 179; Pernice, Labeo I 353 f.

[2]) Weshalb die Vermögenshaftung gelegentlich geradezu als Hypothek aufgefasst wird; z. B. von Mathias, römische Grundsteuer und Vectigalrecht.

[3]) Vergl. Oertmann, fiducia S. 130.

[4]) Rudorff, Z. f. R.-W. XIII 181 f.; Herzen S. 38 f.; Voigt, Rechtsgeschichte II § 110 und pignus § 252; vergl. jedoch Dernburg I S. 50 f.

oder weniger weitreichender, fördernder Einfluss auf die spätere Pfandrechtsentwicklung zuzuschreiben [1]).

Sicherer lässt sich der Einfluss des publizistischen Rechtes auf die Hypothekarrechtsentwicklung von einer anderen Seite her nachweisen. Die Sicherstellung der Forderungen des Ärars geschah durch die cautio praedibus praediisque. Wir wissen, wie mühsam das römische Privatrecht zur Konzipierung des Hypothekenbegriffes gelangte. Hier aber in der cautio praediis fand es dieselbe vor. Roms erste Hypothek dient der Sicherung der Staatsforderungen. Kam es dabei zur Realisierung, so geschah sie gleichzeitig mit der Exekution gegen die praedes und im Zusammenhang mit ihr. Die Sachhaftung wurde also in derselben Weise und mit derselben Energie realisiert wie die persönliche Haftung. Die verpfändeten Güter wurden verkauft. Der Gedanke der hypothekarischen Haftung ist also verknüpft mit der vollen Anerkennung eines Realisierungsrechtes, mit der als konsequent und natürlich erscheinenden Möglichkeit der Verwertung durch Verkauf. Diese Erscheinung konnte nicht ohne Einfluss bleiben auf das Privatrecht [2]), wo er sich gerade im Realisierungsrechte geltend machen musste. Aber noch ein mehreres ist möglich. Es ist wahrscheinlich, dass das ärarische Pfandrecht ein generelles war [3]). Dann ist doch wohl anzunehmen, dass das gesetzliche Generalpfandrecht des Fiskus (fr. de iure fisci § 5) zwar nicht vom Ärar übernommen wurde [4]), welche Annahme sich allerdings

---

[1]) Wir dürfen uns freilich nicht verhehlen, dass die Nachrichten über die legis actio p. p. c. spärlich sind und wir uns fast ganz auf dem Boden des Hypothetischen bewegen: vergl. jedoch Bachofen, Pfandrecht S. 4; Puchta, Institutionen § 248 S. 248; Herzen S. 56; abw. Dernburg 47 f. Dagegen wieder die Ansicht, dass das private Faustpfandrecht eine Nachbildung der staatsrechtlichen pignoris capio oder wenigstens auf demselben Boden erwachsen sei: Pernice, Z. f. R.-G. V 134.

[2]) Dernburg I S. 41; Bachofen S. 231; Mommsen, Stadtrechte S. 469; Heyrovsky 106; Münderloh, Z. f. R.-G. XII, 335.

[3]) Vergl. insb. lex Mal. c. 64; Bachofen a. a. O; Heyrovsky S. 43 N. 1; Münderloh S. 326; Karlowa, Zivilprozess cit.; röm. Rechtsgeschichte II S. 47 f.

[4]) So bekanntlich Bachofen.

verbietet, aber doch in Nachahmung jenes Beispiels in das Privatrecht aufgenommen worden ist[1]).

Wie wir sehen, wird also in bedeutungsvoller Weise die durch Einfachheit und Zweckmässigkeit sich vielfach auszeichnende Behandlung der ärarischen Forderungen allmählich vom Privatrecht übernommen und auch hier als ius commune anerkannt. Es fehlt aber auch innerhalb des Privatrechtes nicht an analogen Entwicklungsgängen. Es mag genügen, an den für unsere Zusammenhänge nächstliegenden Fall zu erinnern. Das interdictum Salvianum und die actio Serviana sind ursprünglich nicht gemeines Recht. Die Hypothek findet im prätorischen Rechte zunächst nur Anerkennung zu Gunsten einzelner bestimmter Forderungen, die man eines wirksamen Schutzes für würdig hielt und die in ihrer Eigenart selbst gerade auf eine solche Garantierungsart hinwiesen, zu Gunsten der Forderungen aus Pacht und Miete[2]).

Unter Nachahmung der Behandlung der Staatsforderungen durch den Aerar und an den Stützen des singulären Rechtes, der zivilen Forderungsprivilegierung rankt sich demnach das Hypothekarrecht empor. Die Forderungsprivilegierung aber erwies sich hier als von rechtsschaffender Kraft. Ihre Mittel sind hier nicht konservierend, dem alten Recht, das allmählich durch ein neues verdrängt wird, eine letzte Zufluchtsstätte gewährend, sondern sie sind vorgreifend, vorgeschobene Posten, die — möglicherweise — den Gang der Entwicklung, die das gemeine Recht nehmen wird, markieren.

Möglicherweise! Denn welche Bedeutung ein neu auftauchendes Mittel singulären Rechtsschutzes erhalten wird, ist regelmässig zunächst garnicht abzusehen. Dafür fehlt jeglicher Massstab. Noch viel weniger aber lässt sich aprio-

[1]) Ausführlich legt Kniep societas publicanorum I 1896, S. 218 f., die gegenteilige Auffassung dar. Freilich müssen wir gestehen, dass wir uns nicht von derselben überzeugen lassen konnten.

[2]) Über das Faustpfandelement, das dieser Hypothek noch eignet einerseits, über die qualifizierte Schutzbedürftigkeit der genannten Forderungen andererseits vergl. u. a. Herzen 103, 163; Huschke, Studien des röm. Rechtes 1830 S. 343 f.; Keller, in Richters kritischem Jahrbuch XI S. 977; Puchta I § 57; Voigt, pignus 282; Kuntze, zur Geschichte des römischen Pfandrechts II 20 f.; Voigt, röm. Rechtsgeschichte I § 65 S. 740 f; ders. in Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft IV, 2 § 17.

ristisch bestimmen, dass für den Fall einer allgemeinen Durchdringung des gemeinen Rechtes mit dem neuen, zuerst nur den Zwecken der Privilegierung dienenden Grundsatz, ein Fortschritt gemacht, ein positiver Gewinn erreicht sein müsse. Das sind lediglich Fragen des Erfolges, Fragen, die nur die Geschichte löst. So musste die oben genannte pignoris capio im Rahmen des altrömischen Rechtes als eine kümmerliche, entwicklungsunfähige Einrichtung erscheinen. Jetzt darf man in ihr den Ausgangspunkt der Geschichte grosser haftungsrechtlicher Ideen erblicken.

Es fehlt nun nicht an Mitteln der Forderungsprivilegierung, die insofern der eben besprochenen Kategorie angehören, als sie sich in Bahnen bewegen, die im allgemeinen dem ius commune gegenüber als neue zu bezeichnen sind, die aber doch dadurch von den bisher genannten abweichen, dass sie regelmässig bei Ausdehnung ihres Geltungsbereiches sich nicht als für die Gesamtentwickelung förderlich, sondern im Gegenteil, je mehr sie sich ausdehnen, als hemmend und schädlich erweisen. Als derartige Mittel stellen sich bei historischer Betrachtung die Privilegien im französisch-rechtlichen Sinn dieses Wortes dar, die Vorzugsrechte. Die bisher genannten Begünstigungsmittel betreffen sämtlich die Position einzelner Gläubiger dem Schuldner gegenüber. Die Vorzugsrechte hingegen sollen die durch sie bedachten Gläubiger gegenüber anderen Gläubigern desselben Schuldners in eine bevorzugte Rechtslage versetzen[1]). Die privilegierten Gläubiger erhalten nämlich vom Gesetz einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem in einem öffentlichen Exekutionsverfahren erzielten Erlöse.

Die Erteilung derartiger Vorzugsrechte erfolgt aus den nämlichen Erwägungen heraus, wie überhaupt die Forderungsprivilegierung. Für sie massgebend ist die verschiedene juristische, ethische und ökonomische Bewertung der einzelnen Forderungen. Ein Unterschied drängt sich indessen doch auf.

[1]) Vielfach liegt auch der Legalhypothek diese Aufgabe hauptsächlich ob, wie hier vorläufig nur angedeutet sein mag, um es gerechtfertigt erscheinen zu lassen, wenn wir im Text nur von Vorzugsrechten reden, obschon das Gesagte auch für die gesetzlichen Pfandrechte gelten soll; vergl. Knorr, Natur und Funktion der Vorzugsrechte 1891, insb. § 5.

Eine Privilegierung in Richtung nur gegen den Schuldner wird ihre Rechtfertigung in den Eigentümlichkeiten der Forderungen selbst finden müssen. Die juristische Eigenart desselben mag beispielsweise in zwingender Weise die Gestattung des Privatpfändungsrechts erheischen. Wirtschaftliche und sittliche Erwägungen mögen Personalexekution oder beschleunigtes Verfahren in ganz bestimmten Fällen durchaus nötig oder doch wünschenswert erscheinen lassen. Jedesmal aber liegt der Grund der Begünstigung in der Eigentümlichkeit der betreffenden Forderung schlechthin. Die Behandlungsweise ist eine absolute in dem Sinne, dass der besondere Schutz, der ja nur gegen den Schuldner gegeben sein soll, sich nicht aus einer vergleichsmässigen Bewertung der Forderung in Hinsicht auf die andern Forderungen des nämlichen Schuldners, sondern aus dem eigenen inneren Wert der betreffenden Forderung selbst wird ableiten lassen. Ganz anders bei den Vorzugsrechten. Der Massstab ist ein relativer. Die Erteilung des Vorzugsrechtes und die Lozierung des Bevorrechteten bestimmt sich nach der Bedeutung, dem Wert der einen Forderung zu demjenigen der andern.

Diese Relativität bedingt nun von vornherein eine merkwürdige Expansionskraft des Prinzips der Bevorrechtung. Alle Forderungen treten zueinander in Relation. Warum sollten sie nicht alle bewertet und danach einrangiert werden? Prima facie mag dies sogar als ein Postulat sittlicher Rechtsordnung erscheinen. In der Tat fehlt es denn unserer Rechtsgeschichte nicht an Perioden, in welchen diese Tendenz in annähernd vollständiger Weise gesiegt hatte. Die Privilegierung lag dann nicht mehr in der Bevorrechtigung als solcher. Diese betraf zum mindesten den Grossteil der Forderungen, sodass man wohl von einem gemeinrechtlichen Prinzip reden kann. Die Privilegierung bestand vielmehr nur noch in der speziellen Locierung. Aber während die früher genannten Privilegierungsmittel als ins commune geeignet waren, die Lage der Gläubiger in ihrer Gesamtheit und direkt oder indirekt auch diejenige der Schuldner zu erleichtern resp. zu begünstigen, führte die zum System gewordene Erteilung von Vorzugsrechten zu Krediterschwerungen und -Schädigungen und zu allseitigen Benachteiligungen. Das wurde bereits angedeutet und braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden.

Nach einer anderen Richtung hingegen bedarf das eben Gesagte noch der Ergänzung. Gewiss liegt es in der Natur dieser Privilegierung, dass ein Vorzugsrecht gern weitere nach sich zieht. Nichts desto weniger sehen wir, das diese Privilegierung in den verschiedenen Zeiten in ganz verschiedenem Masse statthat. M. a. W., auf die Tendenz erweiterter Anerkennung, wie sie unserem Bevorrechtungsprinzip eigen ist, reagiert das Haftungsrecht — denn um Fragen der Haftung, ihrer Intensität und ihrer Realisierung handelt es sich hier — überaus verschieden, welche Verschiedenheit sich offenbar durch die allgemeine grundsätzliche Ausgestaltung dieses Haftungsrechtes selbst bestimmt. Mitten hinein in die Zusammenhänge dieses letzteren stellt sich unser Privilegierungsmittel. Und daraus ergiebt sich das Abhängigkeitsverhältnis. Nicht nur der Umfang der Anerkennung, sondern auch die grundsätzliche Bedeutung und das Wesen der Vorzugsrechte wird durch die Eigenart des materiellen und formellen Obligations- und Exekutionsrechtes, auf dessen Boden sie erwachsen sind, bestimmt.

In diesem Sinne war die prätorische Konkursordnung die breiteste Grundlage zur Verstattung von persönlichen Vorzugsrechten. Der starre Grundsatz der par condicio omnium creditorum musste notwendigerweise andern, den Bedürfnissen des Lebens angemesseneren Vorstellungen rufen. So finden wir denn in der Tat schon zur Zeit der ausgehenden Republik eine ganze Anzahl von privilegia exigendi anerkannt. — Nach Aufkommen der Hypothek mussten diese Privilegien teilweise zu Legalhypotheken werden. Der Bildung der ersten gesetzlichen Pfandrechte leisteten freilich tatsächliche Umstände Vorschub. Sie entstanden aus der Übung des Lebens heraus. Die Bedeutung derselben ist deshalb zunächst nur eine prozessuale. Der Gläubiger hat sein Pfandrecht nicht zu beweisen, da präsumiert wird, es sei — wenigstens tacite — kontrahiert worden[1]). Es kommt dazu, dass das Recht eine Realisierung der Pfandhaftung noch nicht vorsieht. Um das Verkaufsrecht zu erwerben, bedarf es

[1]) Vergl. Scheurl, Krit. Viert.-Jahrssch. II 482. Zu weit gehend jedoch Bachofen S. 272, vgl. Dernburg I 292 f.

einer besonderen Beredung. Dank der Unfertigkeit des Hypothekarrechts sind die beiden gesetzlichen Pfandrechte zunächst nur gesetzliche Pfändungsrechte und durch solche verstärkte Retentionsrechte. — Anders liegen die Verhältnisse in Hinsicht auf die späteren, inbesondere die generellen Legalhypotheken. Der Wert der privilegia war durch die Anerkennung der Hypothek herabgemindert und war es doppelt, da diese Hypothek formlos begründet wurde. Die Schutzbedürftigkeit gewisser Forderungen kann aber nur grösser geworden sein. Begreiflich also das Bestreben, das ihnen zur Seite stehende Privilegium zum Pfandrecht zu erheben. Und diesem Bestreben kam die Gestaltung, die das Hypothekarrecht genommen, auf halbem Wege entgegen. Da wurden vor allem die Generalpfandrechte zugelassen. Überall da, wo eine direkte Beziehung der Forderung zu bestimmten Objekten des schuldnerischen Vermögens fehlte und wo die Forderung in Hinsicht auf die Person des Berechtigten eines qualifizierten Schutzes wert erschien, erwies sich gerade diese hypothekarische Haftung des ganzen Vermögens als zu den Zwecken dieses Schutzes ausgezeichnet geeignet. Dazu tritt die Formlosigkeit der Pfandrechtsbegründung. Mit Leichtigkeit konnte eine Legalhypothek eingeräumt werden. Dadurch wurde keine Formvorschrift des gemeinen Rechtes verletzt, es musste die Existenz des Privilegs nicht an eine Formerfüllung geknüpft werden. Es ist überaus charakteristisch, dass derselbe Kaiser, der die Frau nachdrücklich zu schützen bemüht ist, ihr verbietet, zur Sicherung ihrer Dotalforderungen vom Ehemann Bürgschaften zu verlangen. Hier bedurfte es der Formen der ausdrücklichen Beredungen, und dies mochte in Hinsicht auf das Verhältnis, in dem sich die betreffenden Personen gegenüber standen, unerwünscht erscheinen. Auf dem Gebiet des Pfandrechts hingegen vermag das Gesetz ohne weitergehende Durchbrechung gemeiner Grundsätze dem Schutzeswürdigen und -bedürftigen ein Recht einzuräumen, das sonst nur durch ausdrückliche vertragliche Einräumung entsteht. Das ist die Bedeutung der Legalhypothek in Rom. — Aber gerade die mit dem Gesagten bereits genannten Mängel mussten noch einer neuen Form des Vorzugsrechtes rufen. Angesichts der Unsicherheit, die mangels der Publizität herrschen musste, erschien eine unterschiedliche Behandlung der Hypothekare nach andern

als pfandrechtlichen, nämlich nach Billigkeitserwägungen, gerechtfertigt. Das Fehlen energischer Sachhaftungsvorstellungen und die formalen Schwächen des römischen Pfandrechts hatte die Ausbildung der Pfandprivilegien zur Folge.

Freilich, wenn wir dergestalt wahrnehmen, dass die Geschichte der Vorzugsrechte in engstem Abhängigkeitsverhältnis steht zur Geschichte des Haftungsrechtes überhaupt, so muss sogleich auch darauf hingewiesen werden, dass das Einwirkungsverhältnis kein einseitiges ist. Nicht nur hängen die Vorzugsrechte in ihrer Ausgestaltung von dem zu Grunde liegenden gemeinen Rechte ab, sondern sie selbst sind wiederum im stande, dies gemeine Recht, das Haftungsrecht, zu alterieren. Darüber unten im Abschnitt über die Privilegien. An dieser Stelle gilt es, die bisher gewonnenen Resultate für das französische Recht zu verwerten.

Wir gingen aus von der Betrachtung der konservierenden Privilegien und haben solche bereits auch für das französische Recht namhaft gemacht[1]. Dann wiesen wir hin auf die vorgreifenden, die Rechtsentwicklung in fortschrittlichem Sinne beeinflussenden Privilegien. Es fehlt nun auch nicht an solchen in den mittelalterlich-französischen Rechtsquellen. Nach ihnen ist die Haftung grundsätzlich eine vertragliche und dieser grundsätzlichen Auffassung entspricht der Formalismus der Haftungsbegründung. Die Arbeit von Jahrhunderten ist auf die Überwindung des Vertraglichkeitsprinzipes und die Anerkennung einer gesetzlichen Vermögenshaftung gerichtet. Auf diese Entwicklung kann es nicht ohne fördernden Einfluss gewesen sein, wenn das Mittelalter vereinzelt gesetzliche Obligationen kannte. Hier sah man eine Haftung ohne Haftungsberedung und Haftungsklausel, auf engem Gebiet vorweg genommen was ius commune werden sollte. Der Aufzählung dieser Verhältnisse schickt Beaumanoir den Satz voraus, das rechtlich Eigentümliche scharf charakterisierend: Aucunes choses sont obligies d'eles meismes tout sans convenances"[2]. Von selbst und

[1] S. oben S. 241.
[2] 1018.

ohne vertragliche Einräumung sind zuweilen Sachen obligiert. So die Illaten des Mieters zu Gunsten des Vermieters.

Sie comme se je loue ma meson, soit en fief ou en eritage vilain, et cil a qui je l'ai louee a de ses biens portés en ladite meson etc. — — Et par ce puet l'en veoir que choses sont bien obligiees sans convenance[1]).

Ebenso haften d'eles meismes die Früchte des verpachteten Gutes zu Gunsten des Verpächters.

Encore autres cas pueent bien estre choses obligies sans convenance: si comme se je baille ma terre a ferme ou a louage et cil qui a moi la prist i a mis son labeur je ne li lerai pas lever les issues, s'il me plest, devant qui'l m'avra fet seurté de rendre moi ce qu'il m'en doit, tout ne m'eust il pas convenant au marchié fere qu'il m'en fist seurté, car li labeurs et l'amendemens que l'en met seur le lieu fet la seurté par coustume vers celi qui baille sa terre, mes par pleges ou par gages soufisans doivent estre li bien delivré a celi qui fist le marchié[2])."

Die Früchte haften von Rechtswegen, und der Verpächter kann sie auf dem Gute zurückhalten, bis der Pächter durch eine vertragliche Obligation (seiner selbst oder eines Dritten: pleges oder einer Sache: gages) Sicherheit geboten hat. Es ist gleichgiltig, ob bei Abschluss des Pachtvertrages eine derartige Seurté vorgesehen war. Auf alle Fälle haften so lange die Erträgnisse; sie haften par coutume.

In innigem Zusammenhang zu der obigen Stelle steht folgende Aussage Beaumanoirs:

Se aucuns prent ma terre a ferme ou a louage et il i met son labeur et ne met puist fere pleges ne baillier gages, pour ce ne perdra il pas son marchié, s'il ne m'ot convent a fere pleges; mes s'il le m'eut eu convent et il ne le fet, metre le puis hors du marchié. Et s'il ne le m'ot convent, les issues doivent estre mises en sauve main en tele maniere que je premierement prengne ce qui m'est deu par la reson du marchié et il prengne le remanant; et s'il n'i a pas assés par

---

[1]) l. c. Nochmals wird also diese Durchbrechung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in aller Schärfe hervorgehoben; vergl. folgende Note.

[2]) 1019.

tout pour moi paier, je dois prendre ce qui i est et lui oster du marchié pour la defaute du paiement dusques a tant qu'il m'ait rendue la defaute et fet seurté du marchié tenir. Et s'il veut jouir du marchié et tenir, bien se gart qu'il me rende la defaute du paiement et m'offre la seurté avant que je lieve l'autre despueille en ma main pour sa défaute, car je ne seroie plus tenus a lui tenir la marchié pour sa defaute[1]."

Infolge der gesetzlichen Haftung der Erträgnisse wurden offenbar häufig Pachtverträge abgeschlossen ohne jede weitere Sicherheitsbestellung, ja ohne Zusage einer zu errichtenden persönlichen Haftung. Der Pächter braucht also auf das Begehren nach einer solchen nicht einzugehen. Der Grundherr hat sich vielmehr einfach an die Früchte zu halten. Reichen diese nicht aus, so kann er den Vertrag lösen und den Schuldner ausweisen, es sei denn, dieser leiste Ersatz und bestelle genügende Sicherheit. Das nämliche Recht der Ausweisung hat der Grundherr, wenn ihm eine seurté zugesagt war und sie wird nicht geleistet. Das Versprechen einer derartigen Sicherheit ist ein inhaltlicher Teil des Schuldvertrages. Eine Haftung begründet es keineswegs. Dem Verpächter steht also nur die Lösung des Pachtverhältnisses zu. Es ist interessant zu sehen, wie genau dieses Verhältnis in nördlichen Quellen noch im 16. Jahrhundert fortlebt. So bestimmen die Coutumes de Sens von 1506[2]) und ebenso die Nouv. Coutumes von 1555:[3])

Qui prend maison ou terre à louage, ferme ou moison à plusieurs années, il n'est tenu de pleger son marché, s'il n'esté convenu. Mais s'il défaut de payer la première année, après sommation sur ce faite, le Seigneur de l'heritage le pourra mettre hors, s'il ne paye ladite année, et qu'il pleige la subsequente, en garnissant et baillant sur ce gages ou pleiges.

Vollständig rein ist das mittelalterliche Recht konserviert. Die Übereinstimmung mit Beaumanoir ist beinahe eine wörtliche! Der Pächter braucht, wenn nicht etwas anderes ausdrücklich ausbedungen war, nicht zu pleger, d. h. eine Haftung

---

[1]) 1021.
[2]) Art. 247.
[3]) Art. 251.

herzustellen. Doch riskiert er Ausweisung, wenn er in Verzug gerät. Dann kann er die Aufrechterhaltung des Schuldvertrages nur bewerkstelligen durch vollständige Nachlieferung und durch Sicherung der nächstfolgenden Zahlung.

Doch im allgemeinen ist im 16. Jahrhundert dieser Rechtszustand überwunden. Er führte zu merkwürdigen Weiterungen. Die drohende Ausweisung erinnert ihrer Wirkung nach an das Repressalienverfahren des alten Immobiliarexekutionsrechtes. Die riskante Umständlichkeit musste aber auch den Gedanken an eine mit Begründung des Pachtverhältnisses eintretende Haftung des schuldnerischen Vermögens nahelegen und die Brücke dazu war bereits geschlagen in der partiellen Haftung wie sie in der Obligation der Illaten und der Früchte zu erkennen ist. So ist, glaube ich, auch in diesen Verhältnissen ein, wenn auch nicht zu überschätzender, so doch anerkennungswerter Keim gegeben, der aus dem Eigenen heraus zur Überwindung der vertraglichen und formalistischen Haftungserrichtung führen musste[1]).

Der ihnen innewohnenden Ausdehnungstendenz nach reihen sich an die Privilegien der eben besprochenen Art die Vorzugsrechte an. Wir haben gesehen, dass diese im engsten Abhängigkeitsverhältnis zum ius commune stehen, das sie durchbrechen sollen. Das gilt nun auch für die mittelalterlichen Vorzugsrechte. Da das gemeine Recht, auf dem sie erstehen, in Deutschland und Frankreich einen parallelen Entwicklungsgang aufweist, ist von vorneherein wahrscheinlich, dass hier die Vorzugsrechte denselben Charakter aufweisen wie dort. Freilich begegnen wir gelegentlich sehr früh dem Hinweis auf die römischen Privilegien. Es wird beispielsweise die Rangordnung der Satzungsgläubiger festgesetzt[2]) oder das Liquidationsverfahren für den Fall einer Vorflucht geordnet[3]),

[1]) Über ein Vollstreckungsverfahren, das zuerst nur zugunsten privilegierter Forderungen anerkannt war, nachher aber allgemeines Recht wurde, vergl. die Darstellung der Entwicklung, wie sie die Betreibungsrechte der schweiz. Rechte vom 16. Jahrhundert ab genommen haben: v. Wyss in Zeitschrift cit., S. 31 f.

[2]) Montpellier 1205 art. XII

[3]) Montpellier 1204 art. 34.

den betreffenden, die Gläubigerrechte anlangenden Bestimmungen aber einschränkend beigefügt: salvis privilegiis a lege indultis. Aber notwendigerweise kann der Hinweis nur ein missverständlicher und können die Privilegien nur scheinbar die römischen sein. Denn wenn das schuldnerische Vermögen verwertet und verteilt wird, et nulla carta, nullum privilegium, nullave facta securitas impetrata vel impetranda his debitis aliquatenus prejudicare, und wenn sämtliche Gläubiger mit Einschluss der Satzungsgläubiger grundsätzlich „per rationem libre" befriedigt werden, leuchtet ein, dass die Privilegien eine andere Bedeutung haben als die römischen Vorzugsrechte[1]). Dies gilt auch noch für jüngere Rechtsquellen, die auf das römische Recht verweisen, um die Privilegien zu rechtfertigen. So schreibt Bouteiller:

Par la loy escrite tous les biens de celuy qui doit aucune chose, ou treu publique ou du Seigneur, par celle mesme nature et condition sont obligez et vallent comme gage où qu'ils soient.

Tous les biens de ceux qui doiuent à la bourse du seigneur, c'est à dire les biens de ceux qui doiuent au seigneur, dessous qui ils sont iusticiables, sont obligez comme gages et se payent deuant toutes autres dettes et atteint ou celle dette sur les gages des detteurs où qu'ils soient en la justice du seigneur et par nature de loy y sont obligez[2]).

In gleicher Weise seien die Illaten des Mieters par la nature de la loy escrite obligier. — Unschwer erkennt man das von Beaumanoir ausdrücklich als coutumiär charakterisierte Institut der obligation sans convenance wieder. Es ist ja einleuchtend, dass bei den Verschiedenheiten der Ausgestaltung des Haftungsrechtes die Übernahme nur eine äusserliche sein kann. Dies verraten denn auch die zitierten Stellen selbst. Es wird betont, dass auf die Haftungsobjekte gegriffen werden könne où qu'ils soient, wo immer sie zu finden seien. Hier darf nun keineswegs eine gegen Dritte wirkende Mobiliarhypothek angenommen werden. Die angeführte Wendung erhält vielmehr ihre Beleuchtung durch die nachfolgende Beziehung auf die

[1]) Vergl. darüber noch unten S. 265.
[2]) Tit. CII, S. 587.

gages des detteurs. Bouteiller bringt einen echt deutschen Grundsatz zum Ausdruck: Der Gläubiger kann die Sachen des Schuldners überall, wo er sie findet, zu seiner Befriedigung angreifen [1]).

Aus diesem Grundsatz ergibt sich die Konsequenz, dass der Gläubiger, der eine Sache des Schuldners besitzt, sich an diese halten kann. Es ist ihm also, soweit der Wert des betreffenden Objektes reicht, leicht, zu seiner Befriedigung zu gelangen. Diese tatsächlich günstigere Lage des Gläubigers, der Sachen des Schuldners in Händen hat, wird vom Rechte anerkannt und führt zur Gestattung eines Vorzugsrechtes [2]). So ist es denn wiederum trotz des Verweises auf römische Quellen [3]) deutsches Recht, das Bouteiller wiedergibt, wenn er sagt:

Cil qui premier se trait à loy, ou à qui le gage fut premier mis en main ou à qui il fut premier obligé celuy a le plus de droict sur le gage [4]).

Der Gläubiger, der eine Sache des Schuldners im Besitz hat, geht den anderen Gläubigern vor. Diese Anschauung verleiht einem Institut des mittelalterlichen Rechtes eine ganz besondere Bedeutung: dem Privatpfändungsrecht. Es verleiht dem Gläubiger eine günstige Stellung dem Schuldner selbst gegenüber. Es hat aber auch eine Bevorzugung den anderen Gläubigern gegenüber zur Folge. Aber es mag Fälle geben, wo das Privatpfändungsrecht ungeeignet erscheint. Dann wissen die Rechte auf anderem Wege den annähernd nämlichen Effekt zu erzielen. Es werden gewisse Forderungen exekutorisch erklärt und die Vollstreckung soll eine beschleunigte sein. So greifen diese Privilegierungsmittel ineinander. Es wird sich denn auch kaum eine Forderung namhaft machen lassen, die in der einen der angedeuteten Formen bevorzugt ist, ohne es nicht auch noch in den anderen zu sein. Dass dabei diese Mittel immerhin noch ihre Selbständigkeit behalten, dass insbesondere das Vorzugsrecht seine auf eigene Rechtfertigung gestützte, unabhängige Existenz hat, ist nicht zu verkennen.

---

[1]) v. Meibom, deutsches Pfandrecht S. 61, S. 448.

[2]) v. Meibom, l. c. 448 f.

[3]) Nämlich auf l. 2 C. qui pot. in pign. hab. VIII 17.

[4]) S. 590.

Zudem ist hervorzuheben, dass diesem Vorzugsrecht im Rahmen des mittelalterlichen Rechtes eine durchaus eigenartige Bedeutung zukommt, die es ohne weiteres vom römischen Privilegium auf das schärfste trennt. Denn das deutsche Recht kennt keinen Konkursprozess. Vielmehr verfolgt jeder Gläubiger für sich allein seinen Anspruch im ordentlichen Exekutionsverfahren. Dabei ist die Collision zweier oder mehrerer Gläubiger möglich. Ein Vorzugsrecht bewirkt in einem solchen Fall die Abweisung des einen Gläubigers zu Gunsten des anderen. Das Obsiegen des privilegierten Kreditors ist aber nur von relativer Bedeutung. Die Rechte dritter Gläubiger werden dadurch nicht tangiert[1]).

Einige wenige Stellen mögen genügen, um das Gesagte zu erhärten.

Der Gläubiger soll durch sofortige und beschleunigte Exekution geschützt sein. Dies erscheint insbesondere gerechtfertigt zu Gunsten der Tagelöhner, Knechte, Ernteleute. Es entspricht dies Billigkeitserwägungen[2]). Folgende Stelle beweist dass in der Tat solche entscheidend waren.

Pluseurs detes pueent estre deues es queles il ne convient point fere de commandement selonc la coustume general. — — La seconde maniere si est quand l'en doit a manouvriers par la reson de leur journees, car male chose seroit s'il convenoit a ceus qui se doivent vivre de leur labeur a atendre le delai du commandement. Donques, si tost comme li labourercs viont au juge, il li doit fere paier sans delai par la prise du sien prende et vendre[3]).

Und zur raschen Exekution gesellt sich das Vorzugsrecht.

Item, si quis venerint ad vindemias et pro affanagio seu mercede solvendis oporteat fieri executionem contra dominum seu dominos qui eos conduxerunt seu conduci fecerunt, statim fiet executio in primis vinis vindemiatis et apportatis per eosdem, et isti solventur ante omnes creditores et omnem obligationem praecedent[4]).

[1]) v. Meibom 445, 450.
[2]) v. Meibom S. 451.
[3]) Beaumanoir 697.
[4]) Bergerac a. 1322 art. 38.

Aber andere Rechte räumen zu Gunsten des Lidlohnes nicht nur eine beschleunigte Exekution ein, sondern gestatten dem Gesinde und den Tagelöhnern die Privatpfändung. Wir wissen, dass dergestalt mit verschiedenen Mitteln auf das nämliche Ziel losgesteuert wird.

De ceux qui peuvent prendre pour leur obligation sans requerre Justice. Ceux peuvent prendre et nommayer de leur volonté ou de leur autorité sur ceux qui leur seroient tenus et obligez pour service, comme nous Dirons de ceux qui font service par feur nommé, par terme ou par journée, quand la ferme ou la journée est achevée, ils se peuvent faire poyer, et prendre de leur authorité sur ceux à qui ils ont fait la besogne, ou sur celuy qui la leur fist faire, et l'espletement en la Chastellenie .... comme autres gaiges, pour ce qu'ils fassent la prinse le jour ou le lendemain de l'accomplissement de l'oeuvre ou de la journée, et qui les empêcheroit, leur devroit amender, comme d'écousse faite à Sergent au Seigneur[1]).

Dies Privatpfändungsrecht ist allgemein zu Gunsten des Vermieters anerkannt. Der säumige Mieter, der sich der Pfändung der Illaten widersetzte, machte sich bussfällig.

— — se je loue ma meson, soit en fief ou en eritage vilain, et cil a qui je l'ai louee a de ses biens portés en ladite meson et ne me paie pas mon louage, je puis prendre du sien sans justice par coustume tant que je soie paiés de mon louage. Et se cil a qui je louai ma meson me fet rescousse, contraindre le puis a ce qu'il le m'ament[2]).

In gleicher Weise geniesst der Vermieter das Vorzugsrecht. Es stützt sich, wie wir gesehen, zunächst darauf, dass „de hushere naghere to beholdende vor sine hure so wat he in den weren vindet"[3]), stützt sich auf den Besitz. So bestimmt auch der Grand Coutumier:

Debte deue à cause de louaige est tellement privilégiée que sur les biens trouvés au louage, les arrérages d'iceluy sont premièrement payés[4]).

[1]) Très anc. C. de Bretagne art. 329.

[2]) Beaumanoir 1018.

[3]) Hamburg. Recht 1292 C. V. u. a.; vergl. v. Meibom S. 449.

[4]) ch. 37 S. 351.

Aber auch wo der genannte Zusammenhang fehlt, kann der Vermieter ein Vorzugsrecht haben, so dass bei Kollision mit andern Gläubigern auch in Ansehung von schuldnerischen Vermögensobjekten, die nicht er zuerst gepfändet hat, die Forderung aus der Miete vorzugsweise zu befriedigen ist. So nicht nur in Bezug auf die Miete, sondern auch noch in anderer Anwendung:

Si aucun estois tenu à ung aultre pour louaige d'une maison, ou pour vente de vin vendu en gros sans jour et terme, il est assavoir que a ce sont debtes privillégiées; mais si le creancier en prend obligation et donne terme, dès lors il se départ du privillége et faict sa debte commune et ordinaire, et telle qu'elle ne soit mie paiée avant aultres debtes[1]).

A le Roy pur execution de toutes ses dettes et de tout ce que deu luy est ..... que vente par autre en soit ou fust faicte ou en commencée à faire, si auroit le Roy la pay premier et auant toutes oeuvres deuant autres dettes[2]).

Die dergestalt privilegierten Forderungen sollen vorzugsweise zur Befriedigung gelangen. Damit wird die gemeinrechtliche Ordnung der Gläubigerkollision durchbrochen. Diese Ordnung ruht bekanntlich nicht überall auf den nämlichen Grundlagen. Doch in weiten Rechtsgebieten liegt das über die Potiorität entscheidende Moment in der Priorität des Exekutionseintrittes. Auch die Satzung ordnet sich diesem prozessualen Gesichtspunkt unter. Infolge dieser einheitlichen Behandlung ist es nicht möglich, in Hinsicht auf die gesetzlichen Vorzugsrechte die nicht privilegierten Gläubigor verschieden zu stellen. Die privilegierten Gläubiger gehen im Kollisionsfall schlechtweg vor[3]).

Hingegen ist das privilegium doch nur einer gewöhnlichen obligatio generalis beigegeben, deren Realisierung nach mittelalterlichem Recht mit dem Angriff der Mobilien zu beginnen hat. Der Satzungsgläubiger jedoch kann sich sofort an die Liegenschaft halten. Aber noch mehr. So gut wie beschleunigte Exekution oder Privatpfändungsrecht, wird auch das

[1]) Grand coutumier S. 217.

[2]) Bouteiller lib. II tit. I, genannt wird ein Entscheid vom Jahre 1375.

[3]) Vergl. Anjou et Maine F 1095.

Vorzugsrecht des öfteren nur in Rücksicht auf bestimmte Vermögensobjekte zuerkannt, sei es, weil ein faustpfandartiges tatsächliches Verhältnis die Zulassung der gesetzlichen Obligation und ihre auszeichnungsweise Behandlung erleichterte, sei es, weil die die Privilegierung veranlassenden Billigkeitserwägungen in ihrer vermögensrechtlichen Richtung nur in diesem beschränkten Sinne zutrafen. So ist es vielleicht nur der Erlös aus den Illaten, oder den Früchten, oder der Ernte[1]), dem gegenüber die betreffenden Gläubiger ihr Vorzugsrecht geltend machen können. So beziehen sich in der Tat die früher namhaft gemachten Legalobligationen nur auf Mobilien. So heisst es auch im Recht von Anjou in Bezug auf das Privileg des Vermieters:

Le seigneur de la maison louée est preferé de son louages sur les biens de son louagier estans en icelle avant touz autres[2]).

Diese Erscheinung ist um so bedeutungsvoller, als sie in eigentümlicher Weise auch die Geschichte der privilèges im neuern Recht durchzieht. Dies letztere weist also in dem einen oder andern Punkt von vornherein auf das mittelalterliche Recht zurück. Es zeichnet sich aber überhaupt durch seine Eigenart aus und lässt dadurch auf eine mehr oder weniger selbständige Entwicklung auf nationaler Basis schliessen. Darüber noch weiter unten.

Das Gesagte will aber nicht auch auf die Legalhypotheken zutreffen. Es gab keine mittelalterlichen gesetzliche Satzungen, das ist auch ein Widerspruch in sich nicht nur dem Wortlaute der Benennung, sondern auch der Sache nach. Die Satzung bedarf der Tätigkeit der Parteien. Zunächst des Schuldners, indem er die Obligation zusagt. Aber auch des Gläubigers. Indem er sich die Satzung zusagen lässt, sorgt er für einen Güterarrest, der ihm als Exekutionseröffnung angerechnet wird. Wieder musste es dem Rechte völlig fern liegen, in einem Fall, wo der Gläubiger nicht handelte, den genannten Gesichtspunkt zur Geltung bringen zu wollen. Und doch war es gerade das Vorzugsrecht, auf das es bei der Begünstigung

---

[1]) Oben S. 257.

[2]) Anjou et Maine L, 265.

bestimmter Forderungen oder ihrer Träger abgesehen war. Bei der Erteilung dieses Vorzugsrechtes musste es also auch in Hinsicht auf die Immobilien sein Bewenden haben, wenn diese letztern überhaupt einbezogen wurden[1]). Abweichendes Verhalten kommt immerhin, wie wir noch sehen werden, vor. Doch sind es vereinzelte Erscheinungen, die die Regel nur bestätigen[2]).

Wenn dann aber später die Legalhypotheken einen weiten Raum einnehmen, hat man dies, gestützt auf die genannte Sachlage im Mittelalter, durchweg auf Rechnung des römischen Rechts gesetzt. Hier soll dies letztere völlig gesiegt, hier seine erobernde Kraft auch dem französischen Rechte gegenüber gezeigt haben.

Aber es will uns bedünken, dass man mit dieser Auffassung dem historischen Prozess nicht ganz gerecht wird. Die mittelalterlichen Ansätze zu einer Legalhypothek sind kümmerlich, sind dies auch, wo man das römische Recht kannte. Wohl begreiflich: Es fehlten materielle Voraussetzungen zur breitern Anerkennung des gesetzlichen Pfandrechts. Aber dem römischen Recht und der romanistischen Doktrin kam auch zur Zeit der zweiten Rezeptionsbewegung nicht die mitreissende Wucht zu, das coutumiäre Recht der Praxis, da wo es eigenartig und darum „haineux“ [3]) war, essentiell zu ändern. Die Praxis ging ihre eigenen Wege. Sie war nicht ohne Widerstandskraft. Wenn diese nun in dem Recht der Legalhypotheken nirgends zum Ausdruck kommt, so liegt dies nicht an einer überwältigenden Rezeptionsbewegung als solcher, sondern dies passive Verhalten erklärt sich daraus, dass das in Frage stehende Institut des römischen Rechtes in den Gesammtrahmen des einheimischen Rechtes im Gegensatz zu früher, aufs beste hineinpasste. Das französische Recht war so sehr ein anderes geworden, dass die Legalhypotheken nunmehr ein ihm völlig adäquates Institut bedeuteten. Ja, dies trifft noch in höherem Masse zu, als für das justinianische Recht.

---

[1]) Oben S. 261 und Anjou cit. F. 1095.

[2]) Vergl. unten Legalhypothek der Frau, betr. das mittelalterlich-deutsche Recht, Stobbe II 2, 149, 150.

[3]) Was besagen will: von einer geradezu „gehässigen“ Zähigkeit dem römischen Recht gegenüber.

Zunächst scheint freilich der Begriff der Legalhypothek für das französische Recht kein anderer als für das römische zu sein. Das Pfandrecht wird zu Gunsten der durch ihre causa oder durch die Person des Gläubigers qualifiziert schutzbedürftigen Forderung unabhängig vom Willen des Eigentümers, unmittelbar durch das Gesetz geschaffen.

On apelle hypotéque tacite, celle qni s'aquiert par le seul benéfice de la Loi, et qui est établie par elle, sans qu'il soit besoin d'aucun consentement, ou d'une stipnlation expresse des parties; ou antrement celle qui descend de la disposition et de la volonté de la Loi, sans le fait ou la convention des parties, acordée par une faveur et un privilége particulier, ou en consideration de la personne des créanciers, ou de la cause de la dette [1]).

Wenigstens in dem ersten Teil dieser Erklärung wird das Charakteristikum der Legalhypothek darin gesehen, dass es zu ihrer Begründung einer dahingehenden Beredung nicht bedürfe. So auch folgende Definition.

La loi seule, en certains cas, donne aussi une hypothèque au créancier sur les biens de son débiteur. On appelle cette hypothèque „tacite“ parcequ'elle a son fondement dans la loi sans le secours d'aucune convention [2]).

Doch in diesem Sinn ist, wie wir bereits gesehen, selbst die sogenannte konventionelle Hypothek eine gesetzliche. M. a. W. in diesem Sinne gibt es überhaupt im ancien droit nur Legalhypotheken. Eine ausdrückliche Zusage von seite des Eigentümers gibt keine Hypothek, solange sie nur eine mündliche ist oder sich nur in einer Privaturkunde findet. Der notarielle Akt verschafft hingegen dem Gläubiger ein Generalpfandrecht unabhängig von jeder Stipulation. Wir wissen, dass die Autoren des ancien droit in diesem Falle selbst von einem gesetzlichen Pfandrecht sprechen. So bleibt, um zu einem engern Begriff der Legalhypothek zu gelangen, nur noch die Hervorkehrung des Privilegierungsmoments übrig.

Il y a des hipoteques qui viennent de la qualité de

[1]) Basnage 59.
[2]) Guyot, vo. Hypothèque S. 806 f.

l'engagement, pour lequel la Loi a voulu donner une hipoteque du jour qu'il a été formé [1]).

Es ist also eine besondere Gunst des Gesetzes, aus welcher heraus die Legalhypothek erwächst. Und diese Gunst besteht darin, dass das Recht mit dem Existentwerden der Forderung auch die pfandrechtliche Sicherheit entstehen lässt. In Zweck und Mittel sind also die römische und die französische Legalhypothek dasselbe Institut.

Aber wir haben schon wiederholt darauf hingewiesen, dass all die Vorzugsrechte ihrer ganzen dogmatischen Bedeutung nach von der Eigenart des gemeinen Rechts, das speziell sie durchbrechen, abhängig sind. Eine Betrachtungsweise, die diesen Umstand genügend berücksichtigt, wird denn auch zu der Erkenntnis führen, dass das Charakteristische an der Legalhypothek im römischen und im französischen Recht keineswegs in denselben Momenten liegt.

In Rom liegt in der Legalhypothek die Durchbrechung des Grundsatzes, demzufolge nur der Eigentümer seine Liegenschaften hypothekarisch belasten kann. Man muss sich dessen bewusst sein, dass ein derartiges Mittel der Privilegierung insbesondere im Rahmen eines Rechtes, das den Begriff des souveränen Eigentums in so schroffer Weise ausgebildet und anerkannt hat, nicht ohne Radikalismus ist. Es fehlte in der gemeinrechtlichen Doktrin nicht an Zweiflern, die nach der Berechtigung einer derartigen gesetzlichen Pfandbelastung von seiten des Staates gefragt haben. Bekanntlich vermeiden es aber auch die römischen Quellen, von Legalhypotheken zu sprechen. Als tacite kontrahierte werden diese vielmehr auf den Boden des Vertragspfandrechtes gestellt.

Von alle dem gilt so ziemlich das Gegenteil für das französische Recht. Hier ist jede Hypothek, die auf das gesammte Vermögen geht, eine gesetzliche. Wir haben bereits gesehen, dass es infolgedessen nicht an Stimmen fehlt, die einen noch engeren Legalhypothekenbegriff überhaupt abwiesen. — Indessen tritt grundsätzlich die hypothekarische Haftung des Vermögens von gesetzeswegen nur ein mit Erfüllung einer bestimmten Form. Dabei ist allerdings diese

[1]) d'Hericourt 229.

Form nur eine von den Bedürfnissen des Lebens aufgezwungene Fessel. Den geltenden Haftungsgrundsätzen entspräche ein Anderes: Entstehung der sächlichen Haftung in vollem Umfange unabhängig von aller Form. Darin lag das dogmatische Ideal. Man suchte es natürlicher- und notwendigerweise zu verwirklichen, wo es anging, wo man also einigermassen Anhaltspunkte fand, um die für den Formalismus geltend gemachten Zweckmässigkeitserwägungen durch andere zerstreuen zu können. Und in der Tat konnte man dies auf dem Gebiet der Forderungsprivilegierung. Dem traditionellen Formalismus, der die Verwirklichung des Grundsatzes: qui s'oblige, oblige le sien nur erschwere, konnte man die Interessen von besonders schutzbedürftigen Personen entgegenhalten. Hier war also der Boden, auf welchem man jene theoretisch ja nur zu verurteilenden Erschwerungen der Begründung einer hypothekarischen Vermögenshaftung überwinden und damit einen Rechtszustand schaffen konnte, wie er im Grunde genommen allein den obersten Haftungsgrundsätzen entsprach.

Auf dieser Grundlage musste man aber mit vollen Segeln einem ausgedehnten Legalhypothekensystem entgegenfahren. Aber diese Grundlage war ein Produkt der einheimischen Rechtsentwickelung. Sie also war's, nicht eine die Kausalreihen der ruhigen, steten coutumiären Rechtsentwickelung durchbrechende Zauberkraft des römischen Rechts, die der umfangreichsten Aufnahme der gesetzlichen Immobiliarpfandrechte rief.

In diesem hier vertretenen Sinne sprechen denn auch die Autoren des ancien droit von der, der Forderungsprivilegierung dienenden[1]), Legalhypothek.

Il y a certaines hypothèques que la loi produit, abstraction des actes. Das Recht verlange grundsätzlich eine bestimmte Formerfüllung, exceptant le cas de l'hypothèque légale, dans lequel la Loi fournit ou supplée à l'autenticité[2]).

Das Gesetz ersetzt also die Authentizität: Durch das Gesetz wird die Form überflüssig. Unsere Legalhypothek bedeutet eine gesetzliche Dispensierung von einer Formerfüllung.

---

[1]) Von welcher im Fortgange der Darstellung nunmehr allein die Rede, soweit nichts anderes ausdrücklich bemerkt wird.

[2]) Bourjon tit. VI, chap. I, sed. 1 no. 2.

Es bedarf dieser letzteren nicht zur Herstellung der hypothekarischen Vermögenshaftung.

La loi seule, en certains cas, donne une hypothèque au créancier sur les biens du débiteur, quoiqne l'obligation du débiteur ne soit portée par aucun acte devant notaire, ni qu'il soit intervenu aucun jugement de condamnation contre lui. Cette hypothèque est appelée „tacite“, parce que la loi seule la produit sans aucun titre[1]).

2. Die Anfnahme der gesetzlichen Immobiliarpfandrechte: Die Legalhypotheken der Ehefrau.

Es ist bekannt, dass auch deutsche Rechte — beispielsweise das lübische und schweizerische Recht — zur Anerkennung der Legalhypothek zu Gunsten der Frau gelangten, wo das eheliche Güterrecht nach einer derartigen gesetzlichen Sicherstellung verlangte.

Im französischen Recht machte sich dieses Bedürfnis vor allem im Süden geltend, in den Ländern des droit écrit. Als eheliches Güterrecht herrschte hier das Dotalsystem, freilich nicht ohne beachtenswerte germanische Einschläge.

Früh und intensiv macht sich hier das Bestreben geltend, die Dotalforderungen zu sichern. Die Coutumes anerkennen ein Vorzugsrecht der Frau auf die Mobilien des Mannes. Dies ist zuweilen die einzige Gnnst des Gesetzes. So beispielsweise im Recht von Lyon. Es kann sich dann also weder um eine Legalhypothek noch um ein römisches Privilegium handeln. Das Vorzugsrecht ist vielmehr das deutsche: Drittgläubiger können die Fahrhabe nur unbeschadet der Rechte der Frau pfänden[2]). Anderwärts ist dies Vorzugsrecht aber aufgegangen in der Satzung.

In der Tat macht sich schon im 13 Jahrhundert überall das Bestreben geltend, diese seurté der Frau zu Gute kommen zu lassen. Man könnte geneigt sein, darin einen Einfluss des römischen Rechtes zu erblicken. Eine dahingehende Möglichkeit ist nicht zu leugnen. Das Folgende wird indessen doch wohl die Annahme gerechtfertigt erscheinen lassen, dass

[1]) Pothier, Traité de l'hypothèque S. 11. Ders. Introduction zu tit. 20 Coutume d' Orléans S. 747.

[2]) Mornacii observationes S. 896 f. Bouguier, Arrests S. 90, Henrys Oeuvres II S. 877.

auf dem in Frage stehenden Gebiet dieser Einfluss nicht stattgefunden habe. Eine gegenteilige Vermutung bestätigte übrigens nur, was wir über das Eindringen des römischen Rechts und seine alterierende Kraft gegenüber dem einheimischen Recht gesagt haben. Der Berührung mit dem justinianischen Recht käme bloss die Bedeutung einer Anregung zu, die dann die Rechte in selbständigster Weise verwerteten.

So kennt das Recht von Bordeau[1]) eine eigentümliche gesetzliche Obligation zu Gunsten der Frau. Für die Rückzahlung der dos haften die Güter des Mannes und wenn er mit seinen Brüdern in Gemeinschaft lebt, auch die Güter dieser letzteren.

Coustuma es en Bordalés que si molher a contreyt maridatge am homme que aia plusieurs frayres en tems que lo matremoni fo feit, aben los bents en comun que no tant solament los bens deu marit, ans los bens deus autres frayres lo son obliguats per son maridatge. Es de aquesta medissa costuma, la medissa moler pot aver et demandar sobre los bens deus avant deyts frayres son maridatge[2]).

Auf Grund dieser Obligation darf offenbar der Mann seine Güter nicht veräussern. Ein solches Geschäft wäre nichtig. Doch kann er zu einer solchen Veräusserung sich der Zustimmung der Frau vergewissern. Dann ist die Veräusserung zulässig. Immerhin wirkt auch diese Beteiligung des Satzungsgläubigers, der Frau, nur insoweit, als die letztere dadurch nicht gefährdet wird. Die Zustimmung wirkt als „Opposition", wie wir dies früher schon gesehen. Infolgedessen kann die Frau auch noch auf die veräusserten Liegenschaften greifen, sie kann es aber nur noch subsidiär, nur noch, wenn die Dotal-

[1]) Dessen Coustumaz das germanische Mundium in aller Schärfe beibehalten haben. Zudem anerkennen sie als Grundsatz, dass Rechtsfälle, die nach dem eigenen Recht sich nicht entscheiden lassen, nach verwandten Coutumes su behandeln sein, ev. aber nach der ratio naturalis und erst in letzter Möglichkeit nach dem römischen Recht: Costumes es que si lo cas qui s'aben no so pot jutgar segont Costuma, que no ny a punt d'aquot cas, deu hom recorre à la costumas semblans; essi no ny a de samblans costumas, deu hom recorre à rason naturam plus per medana de la costuma; essi aguestas causas defalhen, hom deu recorre à Droy Escrit. § 228.

[2]) § 56, vergl. § 195.

forderungen aus den beim Schuldner gebliebenen Gütern nicht getilgt werden können. Nur in dieser Weise ist nämlich folgende Bestimmung zu verstehen:

Costuma es que si lo marit ben de son bens, pausat que la molher autroye et jura la venda, ya per so no sera que la molher no pusca demandar son maridatge aux bens que seram venduts; si doncas noy sobra tant deus bens autres deu marit, que la molber se poguos pagar de son maridatge; et en aquet cas no tornera pas aus bens que seram estats venduts[1]).

Nicht um eine Legalhypothek handelt es sich also zunächst, sondern, wie nacb dem Stande der Rechtsentwickelung nicht anders möglich, um eine gesetzliche deutschrechtliche Obligation. Aber noch mehr. Das Privilegierungsbestreben stösst auf lokale Eigentümlichkeiten des Haftungsrechtes und aus der Berührung entstebt ein merkwürdiges, neues Rechtsinstitut: Es ist interessant, dass die Geschichte der Legalhypothek in Frankreich anhebt mit der Ausbildung eines „Satzungs-titels".

Wir haben bereits das Recht der Fors de Béarn besprochen Wir wissen, dass nach demselben die Immobiliarobligation eine gerichtliche Assignation bedeutet. Um nun eine solche zu erlangen, muss die Frau nur ihre Dotalforderungen vor Gericht in irgend welcher Weise glaubhaft machen, worauf das Gericht die Assignation zu erteilen hat. La dite some per son dot, lo assignetz, — et la quoau assignation per vos fasedore etc. Die Zustimmung des Mannes zu dieser Belastung seiner Güter wird aber nicht eingeholt, nirgends überhaupt vorausgesetzt. Die Frau hat also einen auf die Assignation gehenden Titel. — Diese Regelung findet sich notwendigerweise auch in den Coutumes von Toulouse. Denn auch hier entsteht die Obligation, das poderagium, nur durch Bannlegung. Bei feudal abhängigen Liegenschaften kann diese der Seigneur derselben vornehmen, wenn der Gläubiger unter Zustimmung des Schuldners eine derartige Sicherheit anstrebt. Der Grundberr kann sie aber auch zur Sicherung seiner eigenen Ansprüche wünschen. Dann kann er „propria auctoritate" das poderagium errichten. Einer Zustimmung von seiten des Schuldners bedarf es nicht.

[1]) § 113. Die Realisierung der Haftung geschieht durch gerichtlichen Verkauf. Vergl. § 195.

Est usus sive consuetudo Tholose quod quilibet dominus feudi sive feudorum potest et est sibi licitum propria auctoritate accipere poderagium seu podoragia, et dare sibi ipsi et primariam pre aliis infeudo suo seu feudis pro debitis et aliis in quibus est sibi feudotarius obligatus, quod obtinet roboris firmitatem, nisi Rex sit de creditoribus[1]).

Einen Titel zum poderagium hat nun auch die Frau. Es wird versichert, dass dies Recht uralt und eine Erinnerung an einen andern Zustand nicht mehr vorhanden sei. Die Frau wendet sich an den Rat der Stadt oder an den königlichen Vikarius. Von diesen ist der Mann zu befragen — offenbar über die Höhe der Dos und über die eventuell ausschliesslich zu belastenden einzelnen Vermögensobjekte. Daraufhin erteilt der Stadtrat oder der Vikarius das „assignamentum", wie diese Legalobligation mit Vorliebe genannt wird. Stellen sich dem Anhören des Gatten Schwierigkeiten entgegen, so wird die Obligation rechtsgültig auch ohne diese Vernehmung erteilt[2]).

Es war wohl Sitte, dass die Frau bei Eingehung der Ehe in dieser Weise sich eine Gewähr für Rückerstattung der Dos geben liess. Dergestalt mag sich folgende Bestimmung erklären lassen: art. 110 bestimmt, dass die Satzungsgläubiger den Chirographargläubigern im Range vorgehen[3]) und fährt dann fort: Tamen uxores preferuntur in bonis mariti tantum pro dotibus suis, et dotalitiis et necessariis, vel pro debitis in quibus sunt una cum marito obligate, non obstantibus poderagiis supradictis si illa data sunt constante matrimonio.

Für all die genannten Ansprüche rangiert also die Ehefrau nicht von der durch Consules oder Landvogt erteilten Konzedierung der assignamenta, sondern vom Tage des Eheschlusses. Die in der Lebensübung wohl häufig vorhandene tatsächliche Übereinstimmung des Datums der Obligationskonzedierung und des Eheschlusses mag zu dieser Regelung geführt haben. Sie führte allerdings in ihrem Erfolge zu einer merkwürdigen Privilegierung der Frau gegenüber den Poderagiagläubigern.

Trotz dieser Privilegierung wird man zögern, in diesem Sicherungsrechte der Frau eine Entlehnung aus dem justini-

[1]) Coutume de Toulouse 142, vergl. oben S. 159.
[2]) Vergl. oben S. 161.
[3]) Oben S. 159/60.

anischen Rechte zu erblicken. Das römische Recht wurde bereits in Toulouse gelehrt. Aber die Praxis hielt sich, wo sie überhaupt auf römisch-rechtliche Anschauungen zurückging, immer noch an das ältere, das theodosianische Recht. In Toulouse sind die Dotalgrundstücke bei der Zustimmung der Frau veräusserlich. Und was diese assignamenta anlangt, so tragen sie einen so eigentümlichen und der Coutume angepassten Charakter, dass man wohl der Versicherung glauben mag, es handle sich um altes einheimisches Recht. Der beste Beweis dafür liegt in dem Umstand, dass man das ganze Institut nur in der konkreten Ausgestaltung erfasste, die es eben in Hinsicht auf die Frauenforderungen erhalten hatte. Hier wurzelte es. Daher die Unmöglichkeit einer freien legislativpolitischen Handhabung, die nicht gefehlt haben könnte, wenn diese Assignationen zu Gunsten der Frau aus einer Berührung mit dem Rechte Justinians entsprungen wären[1]).

Freilich, dass auf dieser Grundlage das römische Recht eine widerspruchslose Aufnahme fand, erscheint überaus natürlich und begreiflich. So bleiben gerade die Coutumes von Toulouse offiziell in Geltung bis zur Revolution. Aber schon längst war aus dem poderagium eine Hypothek und aus der assignation zu Gunsten der Frau die Legalhypothek geworden und zwar

[1]) Es hatte nämlich das Vormundschaftsrecht, das bis dahin wesentlich in der bail germanischen Ursprungs bestanden, zu schweren Missbräuchen geführt. Ein königliches arestum sane vom Jahre 1285 will Abhülfe bringen. Es werden die verschiedensten und weitestgehenden Massregeln zum Schutze der Minderjährigen getroffen. Der baillistre — es wird jedoch von tutor und curator gesprochen — muss cautio idonea leisten und soll vereidigt werden. Bei Antritt wird ein gerichtliches Inventar aufgenommen. Schenkungen und Cessionen werden verboten. Zum Schlusse muss Rechnung abgelegt werden, die das Gericht nachzuprüfen hat. Endlich werden die schwersten Strafen für den Fall der Pflichtversäumnis angedroht, welche Strafen auch die Richter treffen sollen, die zum Schaden des Mündels lässig waren. Inbezug auf die Schenkungen, Abtretungen u. a. heisst es endlich: Et nihilo minus Autores seu curatores quibus factae fuerunt districtius debere compelli ad redditionem non obstantibus donationibus, quitationibus seu cessionibus et firmatatibus seu vinculis quibuscumque. Also nicht nur die Schenkungen, sondern auch Sicherheiten, Satzungen sollen dem Mündel nicht schaden. Von einer gesetzlichen Obligation zu seinem Gunsten ist aber in dem weitschweifigen arrestum, das alle möglichen Mittel aufzählt, keine Rede.

eine privilegierte Legalhypothek, was man nunmehr dahin ausdrückte, dass in Toulouse die lex Assiduis recipiert worden sei. Freilich finden sich dahin gehende Entscheide doch erst seit dem 16. Jahrhundert und werden auch dann noch von andern Entscheiden abgelöst, in denen von dieser Privilegierung keine Rede ist[1]). Es ist dann aber interessant zu sehen, wie dies eine Privileg sofort auch andern rief. So sollen die Kinder erster Ehe für die Dos ihrer Mutter gemäss der lex assiduis selbst, nach einigen auch für die Forderungen aus der Verwaltung privilegiert sein[2]). Dabei bereitete die Regelung des Ranges dieser privilegierten Hypotheken die grössten Schwierigkeiten. Schliesslich wurden die Forderungen der Frau an die erste Stelle gesetzt[3]). Ferner setzt begreiflicherweise sofort das Bestreben ein, die Bedeutung dieser Privilegierung im Interesse Dritter abzuschwächen. Das Privileg sollen ausser der Frau nur ihre Deszendenten beanspruchen dürfen[4]). Den Gläubigern aber soll das Recht der denonce zustehen. Die älteren Hypothekargläubiger des Mannes können der künftigen Ehegattin vor der Eheschliessung mitteilen, dass sie gesonnen sind, ihre ältere Hypothek mit ihrem Vorrange aufrecht zu erhalten. Geschah diese Denonce in gehöriger Form, so wirkte das Privilegium dem betreffenden Pfandgläubiger gegenüber nicht. Ja, schliesslich kam die Praxis von dieser Privilegierung soweit ab, dass die Frau schlechtweg hinter den letzten denonzierenden Gläubiger trat, so dass ältere Pfandgläubiger, auch wenn sie sich nicht gemeldet hatten, durch die Frauenhypothek nicht mehr zu Schaden kommen konnten[5]).

So nahmen auch die andern südlichen Rechte die Legalhypothek auf. Selten zwar findet sie ausdrücklich in den

[1]) Maynard II 7, 53 S. 98.

[2]) Maynard l. c.

[3]) Graverol sur de la Rocheflavin II 5 S. 158, Rocheflavin S. 127, Henrys cit. 881. Auch der Rang zwischen der Hypothek der Frau und derjenigen des Fiskus war streitig Rocheflavin 125 d'Olive III, ch. 35 S. 532, Henrys cit. Argon II S. 88.

[4]) d'Olive l. III, ch. 35. Henrys 890.

[5]) De la Rocheflavin l. II S. 119, Soulatges E VII, art. 4 S. 251, Henrys l. s. 880. Auch wurden gelegentlich die Spezialhypotheken vom Privilegium nicht betroffen. Henrys l. c., vergl. Guyot, verbo denonce Band IV S. 397.

Redaktionen der Coutumes Aufnahme[1]). Man stützt sich vielmehr, dem Charakter der Rezeption in den südlichen Ländern entsprechend, unmittelbar auf das römische Recht. Um so merkwürdiger ist, dass, von Toulouse abgesehen, unsere Legalhypothek nirgends privilegiert wird.

Hingegen werden auch die Forderungen mit ihr ausgerüstet, ohne dass im einzelnen die Rechtfertigung aus den römischen Quellen zu gewinnen versucht wird. Neben der Dos und den Paraphernen werden vielmehr auch die gains nuptiaux et de survie in gleicher Weise durch die Legalhypothek geschützt. Es sind dies all' die Vermögensvorteile, welche sich die Ehegatten gegenseitig zuwenden, sei es einfach in Hinsicht auf die Ehe selbst oder aber für den Fall des Überlebens. Das Recht dieser Zuwendungen entwickelt sich unabhängig von den römisch-rechtlichen Bestimmungen, beispielsweise über die donatio propter nuptias oder mortis causa donationes. So wurde das droit de bagues et joyaux anerkannt. Der Frau wurde für den Fall des Überlebens eine Summe ausgesetzt, die einerseits in einem bestimmten Verhältnis zum Betrag der Dos, andererseits in eben solchem Verhältnis zur sozialen Stellung des Mannes stehen musste[2]). So ferner das deuil und der Unterhalt während des Trauerjahres[3]), so vor allem das augmentum dotis, das augment de dot[4]), in welcher Form das germanische Wittum in den pays de droit écrit sich zu behaupten vermochte[5]). Es betrug in der Regel die Hälfte oder ein Drittel der Dos.

All diese Rechte sind durch Legalhypotheken geschützt. Und das Datum ist für diese gesetzlichen Pfandrechte das

[1]) Vergl. Bordeau 1520, tit. IV, art. 44, der dem alten art. 56 entspricht: Hypothèque de la dot sur les biens des frères du mari. Vergl. art. 46. Immer noch geht die Hypothek auch auf die Liegenschaften der Brüder. Doch wird nun die wesentliche Einschränkung gemacht, dass die Frau die tatsächliche Verwendung ihres Geldes zur Verbesserung jener Güter beweisen muss.

[2]) Boucher d'Argis: Traité des gains nuptiaux et de survie, qui sont en usage dans les pays de droit écrit. Lyon 1738. S. 8 f.

[3]) Boucher d'Argis S. 63 f, 101 f.

[4]) L. c. S. 11.

[5]) Sowohl Boucher d'Argis als auch Merlin, Répertoire h. v. leiten das Institut merkwürdiger Weise aus dem griechischen Rechte ab.

nämliche: Das Datum des contrat de mariage und mangels eines solchen der Eheschliessung. Trotz des gleichen Datums geht aber doch die Hypothek für die Dos allen anderen vor. Es ist das von Bedeutung den Kindern gegenüber. Diesen fällt das Eigentum des augmentum zu. Dies erscheint also gefährdeter als die Dos, die zuerst ausbezahlt werden muss[1]).

Nach dem Gesagten anerkannte also die Praxis Legalhypotheken, die mit keinem Text, weder der Coutumes noch der römischen Quellen, zu rechtfertigen waren. Die charakteristische Folge hat sich uns bereits bei Besprechung des Toulouser Rechtes aufgedrängt. Vagen Billigkeitserwägungen folgend, werden immer mehr Forderungen privilegiert und mit Legalhypotheken ausgestattet. Der Mann kann nach den südlichen Rechten nach dem Tode der Frau einen Teil der dos als gain de survie zurückhalten. Es ist dies das contre-augment Der Mann hat zur Sicherung desselben eine Hypothek auf die Güter der Frau vom Tage des Ehevertrages resp. der Eingehung der Ehe[2]). — Die Tochter hat eine Hypothek auf die Güter ihres Vaters für die Auszahlung der Dos. Geht die Dos ohne Verschulden der Tochter verloren, so hat letztere auch für die Ausbezahlung der zweiten Dos, zu der der Vater verpflichtet ist, eine Hypothek. Sie datiert vom Tage des zweiten Ehevertrages[3]). — So lange der Ehemann in väterlicher Gewalt steht, hat die Frau eine Legalhypothek auch gegen den Inhaber dieser väterlichen Gewalt. Doch steht sie ihr nur subsidiär zu, für den Fall der Unzulänglichkeit der Güter des Mannes[4]).

Endlich sei noch erwähnt, dass die Hypotheken der Frau generelle sind[5]), ferner dass die Frau auf dieselben nicht verzichten kann, so wenig, als sie in der rechtlichen Lage ist, sich für andere zu verpflichten. Die Dos ist unveräusserlich. (S. C. Vellejanum, lex Julia de fundo dotale[6])). Doch sind es nur

[1]) Boucher d'Argis 180, Henrys II, lib. IV. Quest. 33 S. 298.

[2]) Boucher d'Argis S. 184.

[3]) Henrys II, lib. II ch. VI Quest 53.

[4]) de la Rocheflavin, arrêt 1674.

[5]) Worauf noch zurückzukommen sein wird.

[6]) Vergl. Schäffner III 207 f., Warnkönig und Stein II 241, 261 f., Beaune, Introduction 490 f, Viollet, Histoire 795 f.

einige Rechte, wie beispielsweise dasjenige von Toulouse, welche letzteres Gesetz befolgen, während die andern diesbezüglich dem justinianischen Rechte folgen [1]).

Völlig abweichend vollzog sich die Aufnahme der Legalhypothek in den Ländern des Gewohnheitsrechtes In diesen hat bekanntlich die Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft beinahe überall Auerkennung als gemeines Güterrechtssystem gefunden [2]). Über das Gemeinschaftsvermögen, die gesammte Fahrhabe und die errungenen Liegenschaften hat der Mann die freie Verfügung. Er kann sie beliebig, von der Frau unabhängig, mit Schulden belasten [3]). Hingegen Sondergut der Frau kann der Mann nur mit Zustimmung derselben veräussern. Der Ertrag fällt notwendigerweise in die Gemeinschaft. Manche Coutumes beruhigen sich schlechtweg bei dieser Wirkung mangels anderweitiger Beredung der Ehegatten. Die Frau verliert also, wenn sie ihre Zustimmung zur Veräusserung gegeben hat, jeden Anspruch in Hinsicht auf die Propres. In diesem Sinne ist es richtig, wenn Loyseau sagt: On ne savait ce que c'était que le remploy par toute la France [4]). Andere Coutumes geben der Frau einen persönlichen Anspruch auf den Erlös. Dieser wird also zu einer Gemeinschaftsschuld.

Le prix de la vente ou rachat (sc. du bien propre) est repris sur les biens de la communauté, au profit de celuy auquel appartenoit l'heritage ou rente: encore qu'en vendant n' eût esté convenu de remploy ou recompense: et qu'il n'y ait aucune declaration sur ce faite.

[1]) Vergl. insb. Glasson VII S. 391 f.

[2]) Homme et femme conjoints ensemble par mariage sont communs en biens meubles et conquests immeubles faits durant et constant le dit mariage. Et commence la communauté du jour des espousailles et benediction nuptiale. C. de Paris 220.

[3]) Le mary est seigneur des meubles et conquests immeubles par luy faits durant et constant le mariage de luy et de sa femme: en telle manière qu'il les peut vendre, aliener et hypothéquer, et en faire et disposer par donation, ou autre disposition faite entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa dite femme, à personne capable, et sans fraude. 225 C. de Paris.

[4]) Traité des offices III 9, 16.

In dem Rechte von Paris sind es erst die Coutumes von 1580, welche diese Bestimmung, die sich schon der Ausdrucksweise nach als eine Neuerung kennzeichnet, enthält[1]). Der Schutz wird erst in der Folgezeit ein wirksamerer.

Dass dergestalt das Frauenvermögen fast völlig der Gewalt des Mannes preisgegeben, war nur möglich bei allgemeiner Anerkennung eines andern Institutes des ehelichen Güterrechtes: Durchweg kennen unsere Rechte das Witthum oder douaire (dotalitium, doarium). Regelmässig ist es gesetzlich vorgesehen, so dass es einer Stipulation nicht bedarf: douaire coutumier oder légal. Dies douaire ist eine Witwenversorgung, eine Zuwendung, welche der Frau für den Fall ihres Überlebens von Seiten des Mannes zugesichert ist. Es besteht gewöhnlich in einem Niessbrauchsrecht an einem Teil der Güter des Mannes. Die Quote beträgt meistens die Hälfte des unbeweglichen Vermögens des Mannes zur Zeit der Eheschliessung und der ihm während der Ehe in direkter Linie zugefallenen Erbschaften. Dies douaire kann als conventionnel oder préfix der Frau auch vertraglich zugesagt werden, in welchem Fall auch seine Grösse sich nach der Übereinkunft richtet.

Die Güter, auf denen das douaire lastet, sind im älteren Recht[2]) unveräusserlich. Nur die Zustimmung der Frau kann dem Manne die freie Disposition über seine dergestalt belasteten Güter zurückgeben. Dass diese Zustimmung oft genug nicht eine wirklich freie war und sich diesbezüglich Missbräuche einschlichen, verraten die Quellen selbst. Rationeller[3]) war

---

[1]) art. 232.

[2]) Vergl. Glasson VII 393 f., insbes. 405 f.

[3]) Diese Parallele zwischen dem Recht des douaire und der Hypothek, zwischen der alten Zustimmung der Frau zur Veräusserung der belasteten Güter und der modernen Renunciation auf die Legalhypothek drängt sich auf, wenn man z. B. in den Etablissements I, ch. 166 liest: Se aucuns hons vendoit sa terre — — sa fame après sa mort auroit son douere és choses que il auroit vendues, et après la mort à la fame si retornerait arrière à colui qui l'auroit achetée: Et se cil qui l'auroit achetée disoit: Je ne l'acheterai pas de vous, se vous ne faites jurer a vostre fame que jamais riens n'i demandera ne par douere, ne par autre chose, et vuel que vous lui en facez en autre lieu eschange pour son douere, et par dessus je vuel avoir les lettres de d'Official, de l'Evesque ou du Juge. Et se elle l'avoit ainsi juré de sa volonté sans force et en eust eschange — — elle n'i pourroit plus rien rapeler. Vergl. Beaumanoir XIII 5; XXI 2.

das Oppositionsrecht geregelt, wie es nach unserer früheren Darstellung bei der Entwicklung der Hypothek auf Grund des Satzungsrechtes eine bedeutungsvolle Rolle spielte: Der Gläubiger erlaubte die Veräusserung, behielt sich aber sein Recht vor. In dieser Richtung, der Hypothek entgegen, wirkten dann auch andere Momente. Die Witwe konnte die Güter, auf die sie das Nutzniessungsrecht hatte, verpachten. So konnte sie dieselben auch den Erben des Mannes, resp. den Kindern überlassen, welch letzteren das Eigentum am douaire zufällt, wenn sie auf den Erbteil des Vaters verzichten. Die Frau hielt sich also an den Pachterlös. So erschien es aber auch als naheliegend, sich als douaire eine Rente bestellen zu lassen. In der Zeit des Überganges, in welcher durch manche neue Klausel in den Eheverträgen alte Gemeinschaftsgrundsätze gelockert werden[1]), geschieht es immer häufiger, dass an Stelle des douaires eine Kapitalabfindung oder doch, wie gesagt, eine Rentenbestellung tritt. Das neue Recht ist dabei nicht so sehr von dem alten verschieden, wie es scheinen mag. Allerdings ist nach der sich allmählich geltend machenden romanistischen Doktrin die bestellte Rente ein persönliches Recht. Aber es steht ihr das Pfandrecht zur Seite. Die Dinglichkeit des Niessbrauches aus dem douaire wird in dieser Weise notwendigerweise zur Dinglichkeit aus der Sachhaftung und wenn nicht nach der Theorie, so doch, wie wir gesehen haben, in der Praxis immer noch aus der Grundrentenbelastung.

In dieser Weise gelangten die Coutumes zum ersten gesetzlichen Immobiliarpfandrecht. Es entstand nicht durch einen magischen Einfluss des römischen Rechtes, nicht durch missverstandene Lektüre der Pandekten. Aus der Eigentümlichkeit eines eigenartigen einheimischen Rechtsinstitutes selbst, aus dem Charakter des douaire heraus bildete sich zuerst das andere Institut, die Legalhypothek.

Darum findet sich, wenigstens vereinzelt, die Legalhypothek für das douaire schon zu Beginn des 15. Jahrhunderts: Les biens et heritages du mary sont obligés et hypothequiés pour le douaire de la femme[2]). Hier hat allerdings die Legalhypothek

---

[1]) Glasson VII 374.

[2]) Jean des Mares Dec. 94.

dieselbe Bedeutung wie im römischen Recht. Durch das Gesetz wird eine Sachhaftung hergestellt und damit der Grundsatz — der zu jener Zeit auch in den Coutumes herrschend war — durchbrochen, dass die Sachhaftung nur vertraglich, nur durch Zutun des Eigentümers begründet werden könne. Es findet sich denn auch zunächst kein weiteres Zeugnis für diese Legalhypothek. Insbesondere steht der genannte Ausspruch auch für das Pariser Recht lange Zeit einzig da. Erst in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts begegnen wir wiederum diesem gesetzlichen Pfandrecht und hier tritt es uns merkwürdiger Weise als eine Neuerung entgegen.

Par la coutume de Paris et autres, le douaire coutumier est de la moitié des héritages féodaux et roturiers que le mari tient et possède aux épousailles, et qui lui sont échus depuis la consommation du mariage en ligne directe, pour lequel la femme a droit d'hypothèque dès le jour du mariage qu'on appelle hypothèque légale: en manière que si le père est répondant du douaire promis par son fils à la future épouse, soit préfix ou coutumier, audit douaire seront obligés non seulement les biens qu'il avait au temps dudit mariage, ainsi aussi ceux qu'il aurait depuis acquis. Jugé par arrêt du sixième mai 1567[1]).

Zunächst ist hier zu ersehen, dass es die Gerichtspraxis[2]) ist, welche die Legalhypothek zur Anerkennung bringt. Das ist bedeutsam. Notwendigerweise erscheinen den Gerichten oft genug gerade jene Erwägungen entscheidend, aus welchen heraus sich die gesetzlichen Pfandrechte überhaupt rechtfertigen lassen. Das Praejudiz erwies sich als folgenschwer. Die Gerichtspraxis wurde zum eifrigsten Pfleger und Förderer des Legalhypothekensystems.

Dass sie das überhaupt werden konnte, setzt freilich ein anderes voraus: dass die haftungsrechtlichen Anschauungen selbst einer umfangreichen Anerkennung von Legalobligationen Vorschub leisteten. Wie wir früher gesehen, war dies nunmehr der Fall. Denn unser Entscheid ist erst aus dem Jahre 1567.

[1]) Charondas le Caron zu Bouteiller tit. 97 S. 556.

[2]) Nur vereinzelt findet unsere Legalhypothek ausdrückliche Anerkennung in den Redaktionen der Coutumes. Vergl. Poitou art. 408. Eu art. 149, Montdidier art. 135. Die Coutume de Paris vom Jahre 1580 hat die Legalhypothek für das douaire nicht aufgenommen.

Es verdient hervorgehoben zu werden, dass die Aufnahme der Legalhypotheken im koutumiären Recht späten Datums ist. Der Charakter des douaire wies doch selbst diesen Weg. Beschritten wurde er erst zu der Zeit, als auch die romanistische Doktrin über die konstituierte Rente zum Siege gelangte und vor allem erst zu einer Zeit, als überhaupt die hypothekarische Vermögenshaftung bereits zu einer gesetzlichen geworden war. Hierin lag die Rechtfertigung der gerichtlichen Praxis.

Die Festsetzung eines douaire préfix geschah im contrat de mariage, der stets in notarieller Form abgefasst war. Es folgte daraus eine Legalhypothek im weiteren Sinne des Wortes. Wäre es nicht unleidlich gewesen, der Frau, welche das gesetzliche douaire erhalten sollte, die hypothekarische Vermögenshaftung zu versagen? Ohne Zweifel, es war eine zwingende Konsequenz der allgemeinen Rechtslage der Frau für ihr douaire schlechtweg und unabhängig von Erfüllung oder Unterlassung einer Form, die Haftung des ehemännlichen Vermögens zuzugestehen: Pour douaire, l'on peut proceder par lesdites voyes de requêtes personnelles et hypothequaires, encore qu'il n'y ait obligation expresse de biens[1]).

Ja es scheint dies so folgerichtig, dass wir im Vorneherein annehmen dürfen, es müsse das koutumiäre Recht mühelos überall die Legalhypotheken anerkennen, wo die genannten Voraussetzungen in gleicher Weise zuträfen. Diese Entwicklung vollzieht sich nun auch. Aber sie vollzieht sich, wenigstens zunächst, nur langsam, so wie sich Änderungen im koutumiären Recht vollziehen. Dies letztere besinnt sich zuerst gleichsam auf sich selbst. Infolgedessen nimmt es nur auf, was es sich wirklich aneignen, was es sich assimilieren kann. In dieser koutumiären Weise gelangt nun auch die Legalhypothek zur Sicherung des Sondergutes der Frau zur Anerkennung.

Art. 232 der Coutumes de Paris gibt der Frau, deren Sondergut mit ihrer Zustimmung vom Manne veräussert wurde, nur einen Anspruch auf den Betrag des Erlöses aus dem Gemeinschaftsvermögen. Doch die Kommentatoren sprechen der Frau das Recht zu, subsidiär den Ehegatten persönlich belangen zu können. Si les biens de la communauté ne sont pas suffisans

[1]) Poitou art. 408.

pour le remploy des propres de la femme, il se fait sur les propres du mary[1]).

Häufig genug mag dies Recht, um es über jeden Zweifel erhaben erscheinen zu lassen, in einer besonderen clause de reprise d'apport franc et quitte im Ehevertrag festgelegt worden sein. Dann war die Frau hypothekarisch sichergestellt. Aber sollte die Fran nicht auch Mangels einer solchen Beredung, mit hypothekarischem Recht auf das Vermögen des Mannes greifen können? Die Praxis war schwankend. Erst im 17. Jahrhundert setzt sich die Anerkennung der Legalhypothek durch[2]).

Auf die Dauer war es nicht möglich, die propres anders zu behandeln als die Aussteuer, „dos," maritagium. Diese letztere bestand in den Vermögensstücken, welche die Eltern der Tochter zuwandten, die sich verheiratete, welche Zuwendung dazu dienen sollte, die Lasten der Ehe tragen zu helfen. Diese Aussteuer konnte in Fahrhabe oder in Immobilien bestehen. In diesem letzteren Falle waren und blieben sie Sondergut, propre. Es war aber nötig, die Frau für ihre ganze Aussteuer zu schützen, da sie als vorläufige Abtretung eines Erbteils (avancement d'hoirie) galt und in der Erbteilung eingeworfen werden musste. So wurde denn die Aussteuer von der Gerichtspraxis mit einer Legalhypothek ausgerüstet. — Die Sicherung der Aussteuer und überhaupt des von der Frau Eingebrachten verlangte auch einen hypothekarischen Schutz der indemnités, der Ansprüche auf Schadloshaltung aus Verpflichtungen, die die Frau mit ihrem Manne eingegangen war. — Endlich stand der Frau bei der Teilung der Gemeinschaft häufig ein Voraus aus derselben, ein préciput zu, das in einem Teil oder dem Ganzen der Fahrhabe bestand.

All diese Ansprüche waren schliesslich durch Legalhypo-

---

[1]) De Ferrière II S. 48, vergl. Pothier, Introduction zu tit. 10, Coutume d'Orléans no. 117.

[2]) De Ferrière, Compilation III S. 312. 329, ferner über diese pratique et usage du Palais Dolalande zu art. 192 Coutume d'Orléans. Hingegen anerkennen ausdrücklich die reformierten Coutumes générales dn Bretagne die fragliche Hypothek. Art. 439. Et aura la femme recompense de l'alienation de son propre, en esgard à l'estimation des choses vendues, du jour du consentement par elle presté.

theken geschützt. Relativ spät setzt sich die Anerkennung dieser letzteren durch. Deshalb fehlt es denn auch durch die ganze Zeit des ancien droit hindurch nicht an strittigen Fragen in Bezug auf diese gesetzlichen Pfandrechte. Insbesondere war über Datum und Rang nur erst spät eine annähernd einheitliche Auffassung zu gewinnen.

In Bezug auf die Ansprüche der Frau gegen den Mann für ihre veräusserten Immobilien hatte jene nach übereinstimmender Meinung der Juristen Hypothek vom Tage des Ehevertrages, wenn in diesem die eventuellen diesbezüglichen Rechte der Frau namhaft gemacht worden waren. Wird jedoch das remploi nicht erwähnt, dann soll die Hypothek nach der einen Auffassung vom Tage der Veräusserung datieren. Eine andere Lösung wäre den Interessen der Gläubiger gefährlich. Zudem wird gelegentlich mit der Inferiorität dieser Hypothek argumentiert, da die letztere nur neueren Gerichtsgebrauches sei, welchem nicht weiter, koutumiärem Recht entgegen, nachzugeben sei: d'autant qne l'hypotheque vient ou de la loy on de la convention des parties portée par un acte autheutique; or quand elle n'i est point stipulée, elle ne peut provenir ni de l'une ni de l'autre[1]). — C'est assez faire de grace à une femme de lui accorder hypotheque du jour de l'obligation par elle subie on alienation de son patrimoine, puisque la coutume ne lui en donne point du tout[2]). Andererseits wird betont, dass die Frau, wenn ihr eine Legalhypothek gegeben werde, dadurch so gestellt werden solle, wie dies zu ihren Gunsten durch ehevertragliche Abmachungen überhaupt möglich gewesen wäre. Sonst läge es in der Hand des Mannes, die Frau auf das schwerste zu schädigen. Er brauchte ihr nur die Zustimmung zur Veräusserung ihrer Güter abzuringen wissen, nachdem er sich in Schulden gestürzt hat. Wenn endlich Justinian die Veräusserung der Frauengüter schlechtweg verbiete, sei es um so gerechtfertigter, in den Coutumes, die die Veräusserung mit Zustimmung der Frau gestatten, diese letztere durch eine Hypothek zu schützen, welche vom Tage des contrat de mariage datiere und mangels eines solchen das

---

[1]) Ferrière, Compilation III S. 419 zu art. 232.

[2]) Delalande zu art. 192 C. d'Orléans II S. 397, vergl. Bonguier lettre R. I S. 258.

Datum des Eheschlusses tragen müsse[1]). Aus der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts werden denn auch Entscheide, die in diesem Sinne lauten, angeführt. Es fehlt aber auch nicht an jüngeren gegenteiligen Entscheidungen. Zur Zeit Pothiers ist die Frage freilich nicht mehr zweifelhaft. Sie ist zu Gunsten der Frau gelöst. Mangels eines contrat datiert die Hypothek vom Tage des Eheschlusses[2]).

Analoge Erwägungen machten sich geltend in Hinsicht auf die Indemnitäten, wenn die Frau sich mit dem Manne obligiert hat. Es fehlt nicht an Autoren, welche behaupten, dass die Hypothek als Accessorium einer Forderung nicht vor dieser bestehen könne, oder doch, dass ein solch ausgedehnter Schutz der Frau nur auf Grund ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes zulässig wäre und dass durch eine andere Regelung die Gläubiger auf das schwerste geschädigt werden könnten[3]). Die älteren Juristen huldigen mehrheitlich dieser Auffassung und während der ganzen Zeit des alten Rechts fand sie ihre Verteidiger[4]). Immerhin zeigt sich im alten Recht die Tendenz, überall die Rechte der Frau zu schützen und zu fördern, die Wirkung der Legalhypotheken im Zweifelsfalle also auszudehnen. Die Frau verliere de facto mit dem Eheschluss vielfach die Bewegungsfreiheit, die nötig wäre, wenn sie sich auf vertraglichem Wege für die Indemnitätsforderungen genügend sichern sollte. Dieser Auffassung folgte schliesslich die Gerichtspraxis: Hypothek für die indemnités vom Tage des Ehevertrages, eventuell vom Tage des Eheschlusses[5]).

Das douaire datirte vom Contrat de mariage, wenn es ein vertragliches war. Aber begreiflicherweise erhielt auch die Hypothek für das douaire coutumier dies Datum und damit eventuell dasjenige der Eheschliessung. Dies entsprach auch der alten Bindung der Güter, wie sie mit dem douaire ursprüng-

[1]) Ferrière l. c.

[2]) Pothier VII 320, Brodeau sur Louet R. 30, 16, S. 536.

[3]) Boucheul, Coutume de Poitou art. 252 no. 89. Bonguier, l. c., l'action en garantie ne peut être que du jour ou l'on s'est obligé pour autruy.

[4]) Die denn auch bei Redigierung des Code civil von 1804 siegreich blieben, vergl art. 2135.

[5]) Brodeau sur Louet F. 17, 7 R. 30, 12 und 16. Ferrière, Compilation III. tit. X, art. 237. S. 423, Pothier VII, S. 380 fg.

lich gegeben war. Sie ist's ja, die von der Hypothek abgelöst wurde[1]).

Dergestalt war schliesslich das Datum für alle Hypotheken der Frau das nämliche[2]). Aber vom Datum ist der Rang zu unterscheiden. Die Praxis statuierte unter den genannten gesetzlichen Pfandrechten eine gewisse Rangordnung. Lange schwankte die Praxis in der Frage ob der erste Rang dem douaire oder der Aussteuer zukomme. Auch hier wurde schliesslich zum Vorteil der Frau entschieden[3]). Hinter Aussteuer und douaire folgen remploi und indemnité, welche Ansprüche doch erst während der Ehe entstehen, wenngleich die Hypothek zurück datiert wird. Endlich folgt das préciput[4]).

Doch diese Frage nach dem Rang ist gleichsam interner Natur. Sie betrifft das Verhältnis der privilegierten Forderungen resp. Personen unter sich. Was aber das Privilegierungsmittel selbst anbetrifft, hat nun schon die Betrachtung der zu Gunsten der Frau anerkannten gesetzlichen Pfandrechte ergeben: Das Privilegierungsmittel der Legalhypothek führt sich ein im engsten Anschluss an das einheimische gemeine Recht, insbesondere an die französischrechtlichen Haftungsvorstellungen. Einmal anerkannt bezeugt das besagte Rechtsinstitut eine ausgesprochene Tendenz zu intensiver[5]) und extensiver Er-

---

[1]) Ferriére l. c. S 431.

[2]) Pothier I S. 247, VII S. 319. Bouchenl II 701.

[3]) La dot est le principe et la raison du mariage, le donaire n'est que l'execution, la suite et la dépendauce. Sonet et Brodeau cit. 529 lettre D. Bd. I. Argou II 408.

[4]) Bardet, Recueil d'arrêts du Parlement de Paris. nouv. éd. I l. IV ch. 54 S. 274, vgl. Boucher d'Argis S. 5 fg. Argou II, 152 fg.

[5]) Z. B. durch ein der privilegierten Forderung besonders günstiges Zurückverlegen des Datums. Dieser Tendenz verschliesst sich auch das Recht der Ordonnanzen nicht. So bestimmt das Edikt von 1673 (art. 61 und 62) ausdrücklich, dass die Frau für ihre Ersatzansprüche Hypothek vom Tage des Ehevertrages habe. Oder z. B. durch Ausdehnung der Haftung auf bisher freie Objekte. Dass die genannten Hypotheken generelle sind, ergibt sich aus dem Sinn unserer Ausführungen. Zweifelhaft war aber, ob diese Hypotheken auch Güter beträfen, die mit einer fideikommissarischen Substitution belastet waren. Die Jurisprudenz verhielt sich zuerst fast völlig ablehnend. Nur etwa die Dotalhypothek sollte subsidiär auch auf die Substitutionen gehen und auch da nur, soweit die Substituierten Deszendenten waren, oder gar nur gegen die liberi primi gradus. Aber

weiterung[1]). Nach beiden Richtungen hin wird das Gesagte seine volle Bestätigung finden durch eine kurze Betrachtung der übrigen Legalhypotheken.

3. Die übrigen Legalhypotheken. Die gesetzlichen Generalpfandrechte aus dem Vormundschaftsrecht. Nach den Bestimmungen der römischen Quellen ist der Vormund gehalten, zur Sicherung der Ansprüche des Mündels Bürgschaft zu stellen. Die Coutumes des ancien droit enthalten regelmässig keine dahingehende Vorschrift. Par notre usage, aucun tuteur n'est obligé de donner caution[2]). Es wird vielmehr in anderer Weise für die Sicherung des Mündelvermögens gesorgt. Die alten Rechte sehen eine subrogé tuteur vor, der im Falle einer Kollision der Interessen von tutor und Mündel die Interessen des letzteren zu wahren hat. Zudem wird bei der Ernennung des Vormundes in weitgehendem Masse — wiederum rein koutumiäres Recht — der Familienrat herangezogen. Unter Assistenz dieses letzteren wird der Tutor vom Gerichte ernannt. Die Tutela ist also — wenigstens regelmässig — eine dativa, d. h. eine gerichtliche[3]). Daraus ergibt sich aber ohne weiteres eine neue Garantie zu Gunsten des Mündels, nämlich die Legalhypothek. Wohl wird, um diese letztere zu rechtfertigen, gelegentlich auf das römische Recht verwiesen. Es fehlt aber auch nicht an Autoren, welche in der Legalhypothek des Mündels nur eine gesetzliche Sachhaftung im weiteren Sinn, d. h. nur einen Ausfluss der allgemeinen Rechtsgrundsätze erblicken. Die persönliche Haftung des Vor-

allmählich belasteten sämtliche Hypotheken der Frau auch die gebundenen Güter und zwar wirksam gegen alle Grade der Substitution und unabhängig davon, ob die Substitution Kollateralen oder Deszendenten zu gute kommt. Diese Auffassung machte sich denn auch die Ordonnanz vom August 1747 zu eigen. De la Rocheflavin, Arrests II 127. Louet I, D, 21 S. 487, Henrys III, l. V, a. 95, 472, vgl. III, l. IV, a. 15 S. 226. Boucher d'Argis ch. 23 S. 181. Henrys, cit. III S. 294. Boutaric: L'ordonnance concernant des Substitutions. Avignon 1754.

[1]) Die einmal anerkannten Billigkeitserwägungen führen zu immer neuen Legalhypotheken.

[2]) Argou I ch. VIII. Domat II. I, sect. 1, art. 8 u. 9, vgl. Dumont: De l'hypothèque légale du mineur. Thèse. S. 6 fg.

[3]) Tutelles sont datives et non légales. Bourjou tit. VI, ch. I, sect. I, art 4, Claude 232 Loysel, Institutes I. 4, 6 no. 181.

mundes ist wenigstens als eine eventuelle von der Begründung an gegeben[1]). Diese Begründung geschieht aber durch gerichtlichen Akt. Und damit ist die Vermögenshaftung als eine hypothekarische gegeben. Die Hypothek ist also eine expressa, und also eine „vertragliche", wenn man diese Bezeichnung in diesem Sinne anwenden darf. Dies ist in der Tat die Auffassung Brodeau's.

C'est chose triviale au Palais et qui se juge tous les jours, que minores habent expressam hypothecam in bonis tutorum, du jour de la tutelle — — et la raison y est apparente, d'autant que les tutelles se haillant en Jugement, l'acte de tutelle oblige tous les biens des tnteurs; ce qui est si ordinaire et du stile de la dation de tutelle et de l'acte de la tutelle, que quand bien il y seroit obmis, il s'y sousentendroit, comme étant chose de l'essence de la tutelle[2]).

Danach ist wie die Existenz, so auch das Datum dieser Hypothek gegeben. Sie datiert von der gerichtlichen Begründung.

Mineurs ont hypothèque sur les biens de leurs tuteurs et curateurs pour les comptes qu'ils doivent rendre, du jour de l'acte de tutelle ou curatelle[3]).

Le mineur devenu majeur ou émancipé a l'hypothèque pour le paiement du reliquat sur tous les biens de son tuteur, du jour de l'acte de nommination du tuteur, si c'est un tuteur datif[4]).

Und Pothier fährt fort: ou du jour qu'il a commencé à l'être, s'il est légitime. In der Tat war in beschränktem Masse auch eine tutela legitima anerkannt[5]). Auch diese führte eine Legalhypothek mit sich. Hier im eigentlichen Sinne des Wortes. Sie liess sich nicht auf einen gerichtlichen Akt zurückführen. Datieren musste sie notwendigerweise einfach vom Tage, da sie begann, du jour de la tutelle[6]). Dies trifft nun noch auf andere

---

[1]) La nomination est la source de tous les engagements du tuteur. Bourjon tit. VI, sect. 2, no. 174.

[2]) Brodeau sur Louet H, no. 23 Bd. I S. 850.

[3]) Lamvignon, Arrestes de la tutelle 74.

[4]) Pothier, Traité des personnes et des choses Bd. VI, part I sect. 4 no. 198.

[5]) Vgl. Pothier cit. no. 147.

[6]) Loyseau, Institutes l. III ch. VII, art. 15.

Hypotheken zu, die ebenfalls den Schutz des Mündels bezwecken. So hat das Mündel ein gesetzliches Pfandrecht gegen den überlebenden Elternteil, so weit dieser die Verwaltung des Mündelvermögens übernimmt und dies Pfandrecht datiert vom Ableben des verstorbenen Vaters resp. der Mutter[1]). Wenn sich die Witwe wieder verehelicht und zwar ohne Rechnungsablegung und Begleichung der Ansprüche des Mündels aus der Tutel, dann haftet das Vermögen des zweiten Gatten hypothekarisch, wenigstens subsidiär, und zwar vom Tage der Eheschliessung[2]). Endlich hat grundsätzlich das Mündel eine Hypothek gegen jeden Gestor, der ohne Titel sich in die Verwaltung des Mündelgutes eingemischt hat, vom Tage dieser Einmischung ab[3]).

Diese Legalhypothek, welche übrigens nicht nur den Minderjährigen, sondern auch den wegen Verschwendung oder Geisteskrankheit Bevormundeten zu gute kommt[4]), sichert die Ansprüche wie aus Versäumnis und schlechter Geschäftsführung, so auch aus der regelmässigen Verwaltung und zwar nicht nur während der Dauer der Vormundschaft, sondern darüber hinaus alle Ansprüche, die sich ergeben bis zur Rechnungsablegung[5]). Dass es sich dabei um ein Generalpfandrecht handelt, geht aus dem Gesagten im allgemeinen und im besonderen aus den herangezogenen Quellenaussprüchen hervor.

Recht interessant ist, dass die koutumäre Praxis, die dem Mündel eine Hypothek gegen den Tutor gab, auch diesem letzteren ein Pfandrecht an den Gütern des Mündels zusprach. Dies liess sich keineswegs aus den römischen Quellen begründen. Vielmehr ergibt sich die Anerkennung dieser Hypothek aus den oben genannten allgemeinen Erwägungen und aus der Natur der tutela dativa. Darum datiert diese Hypothek in den meisten Rechten nicht erst von der Beendigung der Vor-

[1]) Ferrière, Compilation II 1195.

[2]) Pothier, Coutume d'Orléans Intr. cit. ch. I, sect. 1, no. 18. Brodeau sur Louet lettre I. II 734, 742. Über die Legalhypothek auf die Güter der Honorartutoren und der subrogé-tuteur, vgl. Brodeau sur Louet cit., lettre H no. 23. Bd. 1 S. 849. De Lamvignon no. 80.

[3]) Ferrière, Compilation II, S. 1195, vgl Dumont S. 15.

[4]) d'Espeisse, Traité des contrats I. partie, tit. 16, sect. VII, n. 11 und 12. Basnage, S. 60.

[5]) Bourjon Bd. I tit. VI, c. 2 sect. 3 n. 151 fg. Meslé, Traité des minorités, tutelles et curatelles. Teil I, chap. XII S. 439 fg.

mundschaft und der Rechnungsablegung, sondern vom Tage der Vormundschaftsbestellung. Die Praxis des Pariser Parlaments war allerdings schwankend. Aber insbesondere die ältere Jurisprudenz erkannte i. A. genau das Wesen dieser Hypothek und datierte sie demzufolge in der dem Mündel ungünstigen Art und Weise. So sagt Henrys geradezu, dass diese Hypothek einer besonderen Stütze in Gesetz oder Coutume nicht bedürfe. Als gerichtliche entstehe sie aus der tutela dativa gemäss den gemeinen Grundsätzen und deshalb müsse auch das Datum danach bestimmt werden[1]). Diese Auffassung und die Anerkennung dieser Legalhypothek im älteren Recht ist gewiss charakteristisch für einen Rechtszustand, in welchem das gesetzliche Pfandrecht kaum merklich als eigenes Institut wahrzunehmen ist, vielmehr fast indistinkt in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufgeht. Nicht weniger kennzeichnend ist aber, dass diese Hypothek allmählich wieder zurückgedrängt wird. Der Gesichtspunkt der Privilegierung tritt immer mehr in Vordergrund. Der eben genannte Grundzug des gemeinen Rechtes erzeugt diese Tendenz. Sie führt dazu, dass im 18. Jahrhundert dem Vormund eine Hypothek nur noch vom Tage der Rechnungsablegung zugesprochen wird und auch dies nur, soweit Ausgaben in Frage stehen, die im Interesse der Verwaltung gemacht werden mussten. Ja nach einigen Autoren steht dem Vormund ein Pfandrecht schlechtweg nicht mehr zu, es sei denn, er habe nach Niederlegung der Vormundschaft einen gerichtlichen Entscheid gegen das Mündel angestrebt und erlangt[2]).

Dem Privilegierungsbestreben der Zeit und den beim Mangel wirksam hemmender, gesunder, pfandrechtlicher Anschauungen immer mehr entscheidenden Billigkeitserwägungen schienen nun noch andere Personen als die oben genannten in der nämlichen schutzbedürftigen Lage wie sie. Les administrateurs et les marguilliers comptables sont, par rapport aux hôpitaux et aux fabriques, ce que les

[1]) Henrys II 308.

[2]) Vergl. Dumont S. 21 f. Basnage S. 61. Ferrière II S. 1197. Pothier, Traité de l'hyp. chap. I art. 3. no. 30. Bourjon tit. VI, ch. II no. 174 und (Bd. II) tit. VI. ch. I sect. 1 u. 5 Guyot v. Hyp. sect. I § VIII. Die Reciprocität blieb erhalten in den Ländern des geschriebenen Rechts und in der Normandie. D'Héricourt ch. XI sect. II, no. 19, S. 229 f.

tuteurs sont par rapport aux pupilles[1]). Wie die Minderjährigen, so sollen also auch die Krankenhäuser und die Kirchen gegen ihre Verwalter geschützt werden. Dieselben Erwägungen können die Gemeinden zu ihren Gunsten in ihrem Verhältnis zu den Syndics geltend machen und schliesslich auch die Kirchen gegen ihre Pfründner. Es ist also nur eine analoge Rechtsanwendung, wenn man auch all diesen Personen Legalhypotheken verleiht. Oder wie Pothier sagt, man verleiht ihnen dieselbe Hypothek, die man den Pupillen zuerkennt[2]). Nichts demonstriert besser die Beherrschung des Sachhaftungsrechtes durch Vorstellungen obgenannter Art, die naturgemäss einem absolut fremden Bereich angehören, als der Umstand, dass sich Pothier bewogen fühlt hervorzuheben: Cette hypothéque légale ne s'étend pas aux simples Receveurs, Intendans et Agens des affaires des particuliers[3]).

Denn annähernd in dieser weiten Allgemeinheit ist allerdings dieser Grundsatz schon ausgesprochen worden. Es ist dies begreiflich zu einer Zeit, in der ausdrücklich anerkannt wird, dass die Statuierung einer Legalhypothek keiner gesetzlichen Unterlage bedarf und dass Billigkeitserwägungen die analogische Ausdehnung zur Genüge rechtfertigen. So in aller Schärfe d'Héricourt:[4])

On ne suit point dans le Pais Coutumier la disposition du droit Romain, qui n'admet d'hipotheque tacite, que quand elle est accordé par une Loi expresse; car si on y suivoit cette regle, le mineur même n'auroit point d'hipotheque sur les biens de son Tutenr du jour qu'il a été nommé, parce que les Ordonnances et les Coutumes ne prescrivent rien sur ce sujet, et que les Dispositions du droit Romain n'y sont pas regardées comme des Loix. Mais comme on a vû que l'hipoteque tacite,

[1]) Guyot l. c., vergl. d'Héricourt cit. no. 20.

[2]) Pothier l. d'Orléans, Introduction zu tit. XX. chap. I, sect. I, no. 18. Louet R. chap. 50 S. 597. Ferrière, Compilation II 1197. Poitou II, 704 tit. XV, art. 408. Basnage 66, 67.

[3]) Pothier l. c. S. 742. Ebenso scheint es den Antoren geboten, zu betonen, dass auf das Vermögen von Mandataren des Autors die Mündel keine Hypothek hätten! Ferrière Nouv. inst. cont. IV 1, art. 123.

[4]) l. c. no. 20, welche Stelle wiederum zeigt, dass man sich gar wohl bewusst war, wie wenig das einheimische Recht der Legalhypotheken sich mit dem römischen deckte.

introduite en certains cas par le droit Romain, étoit fondée sur des principes d'équité, on l'a adoptée dans le Pais Coutumier pour tous les cas ausquels on pourroit appliquer le même motif de décision. D'où l'on a formé la regle générale, que l'hipoteque suit nécessairement l'obligation publique, par rapport à ceux qui sont chargés de l'administration du bien d'autrui.

Folgerichtig gelangt man bei dieser Anschauungsweise zur Annahme, dass im Falle eines Fideikomisses der Substituierte eine Legalhypothek auf das Vermögen des Onerierten haben müsse Entscheide aus dem 17. Jahrhundert sprechen sich denn auch in diesem Sinne aus [1]), und diese Rechtsübung erhält ihren gesetzlichen Ausdruck in der Ordonnanz vom August 1747 [2]).

In gleicher Weise muss jedem eine Legalhypothek zugesprochen werden, der gegen einen Beamten, einen officier public, insbesondere gegen einen Huissier oder auch gegen einen Anwalt Ansprüche hat, die sich aus der Amtsführung ergaben [3]).

[1]) d'Héricourt l. c. Basnage S. 67 fg.

[2]) Tit. 2, art. 17. Boutaric l. c. S. 166.

[3]) Guyot l. c. N. VII. Diese Hypothek ist jedoch keine generelle. Sie geht vielmehr nur auf den Preis des betreffenden office. Umgekehrt hat der Anwalt keine Legalhypothek gegen den Klienten. Indessen erhebt sich hier doch eine interessante Frage. Die Jurisprudenz steht auf dem Standpunkt, dass eine Hypothek nicht ohne Schuld bestehen könne. Zwar meint Pothier, man könne eine Hypothek errichten für eine künftige Schuld. Doch fügt er ausdrücklich bei, dass die Hypothek erst von dem Existentwerden der Schuld datiere und dass diese Schuld durch authentischen Akt begründet sein müsse. C. d'Orléans, Introduction zu tit. XX S. 743. M. a. W. Es gibt keine Hypothek für eine künftige Schuld. Wohl aber kann es eine solche geben für eine bedingte Schuld und zwar mit Wirkung vom Tage der Begründung, nicht erst vom Zeitpunkt des Bedingungseintrittes ab. Pothier l. c. Doch darf die Bedingung nicht eine potestative sein. Man stützt sich dabei auf das Pandektenrecht (vergl. l. 9 § 1, D, 20, 4.) Guyot Hyp. I § IV. Pothier Hyp. S. 23. Dann wird aber doch einer möglichst einschränkenden Interpretation das Wort geliehen. So soll auf Grund einer procuration générale der Anwalt für alle inskünftig entstehenden Ansprüche Hypothek vom Tage dieses Generalmandates haben, wenn nur letzteres in gehöriger (notarieller) Form abgefasst sei. [Ursprünglich bedurfte es dazu einer Klausel: à peine de tous dépens, dommages et interêts. Diese Klausel liess demnach die später entstehenden Ansprüche auf den notariell abgefassten Vertrag zurückführen und dies genügte zur Anerkennung der Hypothek. In der Folge ist diese Klausel nicht mehr nötig] Il suffit que la Partie se trouve liée dès le moment même de l'acte, quoique l'effet

Ja man ging sogar so weit im Fall eines Deliktes gegen das Eigentum, den Täter als einen Administrator anzusehen und dem Beschädigten auf Grund dieses Verhältnisses eine Hypothek zuzusprechen vom Tage des Deliktes an: car si nous tenons pour maxime en France, que les immeubles de celui qui est chargé publiquement de l'administration du bien d'autrui, sont tacitement hipotequés à la conservation des droits du proprietaire, les immeubles de celui qui a enlevé le bien d'autrui et qui en devient Administrateur par un crime, doivent à plus forte raison être hipotequés à la restitution de ce qui a été volé etc.[1]) Von anderer Seite wurde dieser Erwägung jedoch widersprochen. Mit Recht. Denn sie ist zu eng. Eine Hypothek erhält nämlich jeder durch ein Delikt Geschädigte gegen den Täter. Ursprünglich nur vom Tage der Verurteilung an. Aber dann begann auch hier das Bestreben, das Datum zurückzuverlegen, sich geltend zu machen. Wenigstens bei Verbrechen solle die Hypothek im Zeitpunkt der Tat entstehen[2]). Doch die Unterscheidung schien wenig gerechtfertigt. Schlechtweg soll mit der strafrechtlichen Handlung die Hypothek gegeben werden. Denn — und nun folgt wieder die charakteristische Begründung, die als genügend angesehen wird, — es entstehe mit der Tat auch

dépende de différentes choses qui doivent être exécutées par la suite. D'Héricourt l. c. 247. Zuweilen zögerte man doch, so weit zu gehen. Nach dem Recht von Paris soll für Geld, das der Anwalt vorgestreckt hat, die Hypothek vom Tage des Generalauftrages datieren, für alle übrigen Ansprüche aber erst von den betr. speziellen Aufträgen ab. Guyot I § 4. Die Tendenz, die Hypothek möglichst weit zurück zu datieren, tritt also hier ganz allgemein auf. Zuerst hatte sie sich nur bei den Legalhypotheken geltend gemacht und diente der Privilegierung. Jetzt entsprach sie dem Bestreben, die hypothekarische Vermögenshaft möglichst immer mit der „persönlichen" entstehen zu lassen, also mit dem Schuldvertrag. Da es aber dabei einer notariellen Form bedurfte, führte man die Verpflichtungen so weit als nur zulässig auf die einmal erfüllte Form zurück. So hat nach der Praxis von Paris der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, Hypothek vom Tage des Bürgschaftsvertrages, par la raison que le cautionnement emporte avec lui une obligation tacite de la part du principal obligé, de rembourser la caution de ce qu'elle sera obligée de payer. Anders in der Normandie: Hypothek vom Tage der Leistung. Guyot I § VIII, no. 11. Guyot l. c. no. 25 S. 234.

[1]) d'Héricourt l. c. no. 24 S. 237.

[2]) Mornac cit., Guyot I § VIII no. 8

die persönliche Obligation: il est certain que celui qui commet un crime ou un délit, s'oblige par le seul fait à le réparer. Par cette raison quelques auteurs ont décidé que l'hypothèque sur les biens du condamné, est acquise du jour du délit[1]). Manche Autoren meinten freilich, die persönliche Obligation müsse erst zu einer „öffentlichen" werden. Eröffnung der Strafverfolgung sei nötig. Von hier ab datiere denn auch die Hypothek. Es siegte aber doch die erstgenannte Auffassung: Legalhypothek vom Tage des Deliktes ab[2]).

Andere Erwägungen sind es, die zur Legalhypothek zu Gunsten der Lose aus einer Erbschaftsteilung führen. Es soll nicht ein Los auf Kosten der anderen zu Schaden kommen, beispielsweise durch ein bei der Teilung gemachtes creditum oder durch Eviktion. Vielmehr sollen anteilmässig sämtliche Lose zur Deckung solcher aus der Teilung entspringenden Ansprüche beitragen. Nur so wird das gleiche Recht aller Teilnehmer gewahrt. L'égalité qui est de l'essence du partage, suppose nécessairement que les lots seront garans les uns des autres[3]). Dass die Lose sich gegenseitig garantieren, liegt also im Wesen der Teilung, folgt ex natura rei[4]). Diese notwendige Funktion kann aber nur verrichtet werden, wenn die Garantie eine dingliche ist. Comme la garantie est due ex natura rei, il a pareillement hipotéque à l'effet de cette garantie, parceque autrement elle demeureroit inutile, si elle n'avoit point de suite contre le tiers détenteur[5]). Die Lose selbst sind also zur gegenseitigen Sicherung vom Tage der Teilung an hypothekarisch haftbar, auch wenn diese Teilung nicht in notarielle Form gekleidet wurde. — Diese Sicherung liegt in der Tat so sehr in der Natur der Sache, dass es erklärlich ist, wenn die Rechte noch einen weitergehenden Schutz des gehörigen Teilungsresultates anstreben.

Les partages sont même des espèces d'échange; car pendant l'indivision, chacun a droit pour partie sur le tout et sur chaque partie du tout: pour faire cesser l'indivision, les parta-

[1]) Guyot l. c. d'Héricourt a. a. O.
[2]) So auch ausdrücklich die Coutume de Bretagne art. 178.
[3]) d'Héricourt l. c. no. XXIV.
[4]) Basnage 689. Guyot l. c. no. IX.
[5]) Basnage l. c.

geants s'abandonnent les droits qu'ils avaient sur les lots les uns des autres. — — Ils se fait entre eux une espèce d'échange, qui renferme toujours la condicion tacite, que chacun jouira paisiblement des biens compris dans son lot. Si l'un d'eux souffre eviction, la condition du partage manque à son égard, et il a son recours contre son conpartageant. Ce droit de recours est même quelque chose de plus que l'hypotheque; le défaut de la condition fait revivre son droit de propriété sur l'heritage échu au lot de son conpartageant, jusqu' à concurrence de ce qui lui manque pour être égalé à lui[1]). Die Aufgabe des Eigentumsrechtes an den Drittlosen geschieht also nur unter der Bedingung, dass das eigene Los vollwertig bleibe. Tritt das Gegenteil ein, so defiziert die Wirkung der Teilung und das Eigentumsrecht an den übrigen Teilen des Nachlasses lebt wieder auf. Der Teilerbe erhält also gegen die anderen ein Vindikationsrecht.

Nous favorisons si fort le cohéritier, que suivant la jurisprudence certaine des Arrêts, il n'est pas tenu de prendre la voie hipotécaire, et il peut se faire envoier en possession d'un fonds, pour se récompenser, à proportion des sommes qu'il a paiées pour son cohéritier[2]).

Eine fernere Spezialhypothek entnahm das ancien droit den römischen Quellen. Der **Legatar** erhält eine Legalhypothek auf die Güter, die der Onerierte vom Erblasser erhielt. Sie datiert vom Tage des Hinschiedes des Erblassers. Es ist dies die Auffassung, die auch die ältere gemeinrechtliche Doktrin in Deutschland vertreten hat[3]). Wenn mehrere oneriert sind, haftet das, was jeder vom Erblasser erhalten hat, nur für den Teil der Vermächtnisschuld, die ihn persönlich trifft. Nur eine solche Teilforderung hat der Vermächtnisnehmer gegen den einzelnen Onerierten und darum ist er auch hypothekarisch nicht in weitergehendem Masse zu belangen[4]). In richtiger Weise wird dergestalt das justinianische Recht[5]) von der Mehr-

---

[1]) Guyot l. c.
[2]) Basnage S. 68.
[3]) Vgl. Dernburg, Pfandrecht I S. 332 N. 17.
[4]) Dernburg l. c.
[5]) l. 1 C. comm. de leg. 6, 43.

zahl der alten Autoren ausgelegt[1]). Doch fand auch eine andere Ansicht, wonach jeder Onerierte hypothekarisch für das ganze belangt werden könne, ihre Vertreter[2]). Dieser Auffassung folgte später der Code civil[3]). Mit der Legalhypothek wurde übrigens auch das Korrektiv aus dem römischen Recht übernommen, das Justinian in dem Satze zu geben suchte, wonach die Legate von Vorneherein nur insoweit geschuldet werden, als die Aktiva die Passiva im Augenblick des Todes übersteigen[4]). Auch das beneficium separationis, welches den Legatar auf den nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger noch übrig bleibenden Rest der Erbschaftssachen verweist, stand den Gläubigern zu[5]).

Erwähnen wir endlich noch die Legalhypotheken des Fiskus. Der Staat hat für jede Kontraktsschuld ein gesetzliches Generalpfandrecht. So im römischen Recht, so im ancien droit[6]). Demzufolge hat er es auch gegen seine Verwalter und die Pächter der königlichen Einkünfte. Gegen diese letzteren Schuldner vor allem suchte sich der Staat je und je wirksam zu schützen[7]). Es ist denn auch nur die Legalhypothek in

---

[1]) Charondas, Reponses X 26, VI 33; Maynard, Questions liv. 8, ch. 63. Du Moulin, de div. et indiv. part. 2 no. 8 fg., Henrys l. IV quest. 171, Pothier, Don. test. ch. 5 sect. 2 § 2 und Introduction C. d'Orléans tit. XVI, art. 3 no. 107.

[2]) Bacqnet, droit de justice chap. 8 no. 26. Mornac, Furgole test. ch. 10 no. 43 fg.

[3]) c. c. 1017.

[4]) Dernburg l. c.

[5]) Pothier, de l'hypothéqne chap. I art. 3 S. 13, Gnyot l. c. no. XII. In der Normandie hat jeder Chirographargläubiger Legalhypothek auf die Erbschaftsgüter vom Tode des Schuldners an. Guyot l. c. no. X. Ja auch das Vermögen des Erben wird hypothekarisch haftbar für die Schulden des Erblassers. In Paris bedarf es zu einer solchen Sicherung der Übernahme und gerichtlichen Anerkennung der Schuld durch den Erben gemäss den allgemeinen Grundsätzen. Vgl. d'Héricourt XXV.

[6]) Pothier, hyp. cit., Introduction XX, chap. I, No. 18, Louet 1 l. H som. 22, S. 848.

[7]) Vgl. Etablissements de Saint Louis l. II, chap. XXXI, vgl. Declaration von Philipp VI. vom Jahre 1335: Nous déclarons, en ces termes, par la teneur de ces présentes lettres que noz dictes debtes doivent estre et soient mises à exécution et payées à Nous ou à nos gens à ce deputez, avant toutes autres debtes denes. Zu diesen mittelalterlichen Privilegien

dieser Anwendung, welche in dem Recht der Ordonnanzen gesetzliche Anerkennung findet. Art. 4 der Ordonnanz vom August 1669 statuiert das gesetzliche Pfandrecht auf die vor Antritt der Pacht resp. der Verwaltung vorhandenen Liegenschaften der Verwalter und Pächter. Ein solches Pfandrecht beschwert indessen auch die später erworbenen Liegenschaften, doch nicht nur als einfache, sondern als privilegierte Legalhypothek.

4. Die Privilegien. In der Doktrin des neunzehnten Jahrhunderts ist sich die Auffassung über das geschichtliche Wesen der Privilegien im ancien droit beständig gleich geblieben.

Diese Auffassung wird in der Rechtsgeschichte von Warnkönig[1]) folgendermassen zusammengefasst: Grundsätzlich gehen unter mehreren Pfandgläubigern die älteren vor. Doch wird dieser Grundsatz zu Gunsten der privilegierten Pfandgläubiger durchbrochen. Die Pfandprivilegien, auf die damit hingewiesen ist, sind im ganzen den römischen nachgebildet[2]). Aber es hat sich doch teils infolge einer Verwechselung der Pfandprivilegien mit dem beneficium exigendi, teils deshalb, weil man an Mobilien keine eigentliche Hypothek kannte, der Begriff des „Privilège“ allmählig von dem der Hypothek getrennt und ein selbständiges Dasein erlangt. Man spricht deshalb von créances und von hypothèques privilégiées. Es muss nun aber — immer nach Warnkönig — festgehalten werden, dass die Hypotheken „ihrer historischen Entwickelung und ihrem wahren Begriff gemäss — auch nichts anderes sind als Vorzugsrechte auf Zahlung“. Und

---

tritt immer wieder die Vorschrift eine genügende vertragliche Haftung zu bestellen. Vous faciez tous nos receveurs qui applégiez ne se sont souffisamment, applégier chascun d'autant comme monte sa recepte d'un an, on de ce que vous verrez qu'il devra suffire. Ord. von 1347. Vgl. Du Boys, Des Priv. et Hyp. accordés à l'état etc. Paris 1883, S. 119 fg.

[1]) Warnkönig und Stein II 603 fg.

[2]) Diesen Hauptanteil an der Bildung des französischen Privilegienrechtes hat das römische Recht insbesondere auch nach Schäffner III 358: Die Coutumes hätten keine Legalhypotheken und Privilegien auf Mobilien gekannt. Von Süden her seien die Vorzugsrechte des Fiskus, der Dos und andere römische Normen eingedrungen. S. 362: Das Immobiliarpfandrecht, die Legalhypotheken und die Privilegien des römischen Rechts hätten vom Süden aus ganz Frankreich erobert.

so wird man denn auch in den s. g. Privilèges[1]) eigentliche Hypotheken erkennen.

Übereinstimmend findet sich diese Auffassung auch in den neuesten Werken wieder. So sagt Beaune[2]) dass das ancien droit die römischen Privilegien aufgenommen habe und zwar in der Unterscheidung, die die römischen Quellen selbst machen, als privilegierte Hypotheken und als „einfache" (persönliche) Privilegien. Aber diese Unterscheidung verwischte sich. Allmählig wurde zur Regel, was in Rom nur Ausnahme gewesen: Ce système de la réalité gagna du terrain et s'étendit. Immer mehr wurden die persönlichen Privilegien zu privilegierten Hypotheken. Die Umgestaltung vollzog sich in der Weise, dass man den persönlich Privilegierten eine Legalhypothek verlieh oder es stand ihnen doch nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes regelmässig ein Immobiliarpfandrecht zu. Dies führte schliesslich dazu, dass die Privilegien einen dinglichen Charakter erhielten wie die Hypotheken. Nur können die letzteren bloss Liegenschaften zum Objekt haben, während die Privilegien auch auf Mobilien lasten können[3]).

Neben der Unbestrittenheit, mit der sie herrscht, wird an dieser historischen Erklärung der Privilegien am meisten auffallen, was sie über die persönliche resp. dingliche Natur der Vorzugsrechte aussagt. Das altfranzösische Recht soll die persönlichen privilegia des römischen Rechtes aufgenommen haben. Diese Behauptung lässt sich nicht beweisen. Im Gegenteil, sie widerspricht aller Rechtsübung der Zeit, die überhaupt in Frage kommen kann. Die Coutumes kennen z. B. die Vorzugsrechte auf die Mobilien. Von diesen wird aber bemerkt, in den Coutumes selbst und durch die Kommentatoren, dass sie

[1]) Weil sie eben auch Vorzugsrechte seien.

[2]) Contrats 564, vgl. Glasson VII 673. Es sei die römische Theorie der Privilegien und Hypotheken rezipiert worden. Das alte Recht habe weder an Mobilien noch an Immobilien gesetzliche Pfandrechte gekannt. Vom Süden her seien dann die Vorzugsrechte auf die Mobilien eingedrungen, neben welchen sich allerdings auch einheimische herausgebildet hätten. Vor allem aber sei der Erfolg des römischen Rechtes auf dem Gebiet der Legalhypotheken und Privilegien auf die unbeweglichen Güter gross gewesen.

[3]) Völlig übereinstimmend P. de Loynes in der Préface zu Baudry-Lacantinerie et de Loynes: Du nantissement, des privilèges et hypothèques 1895 Bd. I S. XX.

wirklich nur auf die Fahrhabe gehen[1]). Es erscheint uns demnach zum vorneherein irreleitend, diese Vorzugsrechte als die „persönlichen" und falsch, sie als die persönlichen des römischen Rechtes zu bezeichnen. Ihr Charakteristikum besteht in der besagten Beschränkung auf die Mobilien. — Nach den obigen Darlegungen sollen unter römischem Einfluss die persönlichen Privilegien zu dinglichen geworden sein. Es eignete ihnen schliesslich wie den Hypotheken eine „affectation réelle" [2]). Aber worin denn diese Dinglichkeit bestehen soll, wird nicht gesagt. Und doch wäre dies dringend geboten! Denn die behauptete nämliche Dinglichkeit wie sie der Hypothek zukommt, ist zum vorneherein ausgeschlossen. Anerkanntermassen können nämlich auch die Mobilien Objekte dieser Privilegien sein. Das sind ja die Privilegien, die wir soeben als die persönlichen erkannt haben. Worin nun ihre Dinglichkeit bestehen soll, ist schlechterdings unergründlich. Und so können wir denn überhaupt nur nach dem Woher und Warum eines solchen Erklärungsversuches fragen. Da zeigt es sich denn, dass die Autoren davon ausgehen, es hätten zunächst nur ihre persönlichen Privilegien d. h. diejenigen auf die Mobilien Eingang gefunden, nachher hätten sie auch Anerkennung in Hinsicht auf die Immobilien erlangt, so dass die Vorzugsrechte nunmehr selbst den Hypothekaren gegenüber wirksam waren. Aber diese Erklärung genügt doch nicht im entferntesten, um für alle Privilegien einen dinglichen Charakter anzunehmen. Und zudem erscheint auch hier wiederum die tatsächliche Behauptung nicht als haltbar, wonach erst durch den Einfluss des römischen Rechtes und erst sehr spät — im 17. Jahrhundert — Vorzugsrechte auf die Immobilien zur Aufnahme gekommen seien. Es lässt sich wohl die Existenz solcher Privilegien schon für das Mittelalter nachweisen.

Vor allem aber ist offenbar die Einsicht von entscheidender Bedeutung, dass es sich hier nicht um einen Gegensatz von persönlichen und dinglichen Vorzugsrechten, sondern

---

[1]) Vgl. Coutume de Paris 179 und dazu Brodeau II 446, wo vorsichtiger Weise nur von einer „Ähnlichkeit" der französischen mit den römischen Privilegien gesprochen wird. Weitere Belege siehe im Verlauf der Darstellung selbst.

[2]) Beaune l. c.

um den Gegensatz von Vorzugsrechten auf Immobilien und auf Mobilien handelt. Das ist eine ganz andere Unterscheidung und zwar in Hinsicht auf das Wesen dieser Rechte, dogmatisch, augenscheinlich von geringerer Bedeutung. Während persönliche und dingliche Vorzugsrechte notwendigerweise ihrem Begriffe nach verschiedener Natur sein müssen, können die Privilegien durchaus dieselbe juristische Natur haben, wenn sie nur in ihren Objekten differieren. Darin allein können wir also den genannten Autoren beistimmen, wenn sie die begriffliche Unität der Privilegien behaupten. Jedoch soll nach ihnen die Unität darin liegen, dass schliesslich alle Privilegien zu Hypotheken (Warnkönig), alle reell (Beaune, de Soynes) geworden seien.

Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Schriftsteller des ancien droit selbst dieser Auffassung Vorschub leisteten. Definiert wird das Vorzugsrecht als le droit que la qualité de la créance donne à un créancier, d'être préferé aux autre créanciers antérieurs, même hipotequaires[1]). Ausdrücklich wird also der privilegierte dem Hypothekargläubiger vorangestellt. Mit Recht, soweit die letzteren überhaupt in Betracht kommen. Aber der Verfasser, der eben nur ein Traité de la vente des immeubles par decret schreibt, berücksichtigt offenbar die Privilegien nicht, die nur auf die Fahrhabe gehen. Ist ferner nicht eigentümlich, dass gesagt wird, das Privileg gebe einen Vorzug vor den älteren und selbst vor den Hypothekargläubigern? Zunächst also vor den älteren Chirographargläubigern — das ist die Konsequenz aus dieser Formulierung. Aber kommt denn hier, d. h. bei allen Gläubigern, die nicht unter das „même hipotequaires" fallen, das Alter überhaupt in Betracht? Sind hier nicht grundsätzlich alle gleich, so dass das Privilegium nicht in einem Vorzugsrecht vor den älteren, sondern in einem, die Gleichheit durchbrechenden Vorzugsrecht vor sämtlichen persönlichen Gläubigern besteht? Die fragliche Ausdrucksweise enthält, wie wir sehen werden, eine Reminiscenz an alteinheimische Rechtsvorstellungen, wie sich solche noch in grosser Zahl bei den jüngeren Autoren finden.

Eine einlässlichere Erklärung sucht Basnage zu geben und

[1]) D'Héricourt chap. XI, Sect. I, no. 1 S. 199.

sie ist allerdings so geraten, dass die eingangs genannte historische Doktrin sich auf dieselbe berufen kann.

Dans le Droit français, nous avons ces deux especes de créanciers, les chirographaires et les hipotécaires, et nous en avons encore une troisième espece d'hipotécaires et de privilegiez. — — Mais il faut remarquer que nous n'avons point reçûs dans notre usage les privileges que le Droit Romain apelle personnels, — — nous ne reconnoissons plus de créanciers personnels, que ceux qui n'ont que les contrats ou obligations sous seing privé et ils sont d'égale condition, et ne peuvent avoir plus d'avantage les uns que les autres, ce qui n'étoit point par le Droit Romain, où il y avoit des créanciers personnels plus privilegiez les uns que les autres[1]).

Es gibt demnach Chirographar-, Hypothekar- und privilegierte Hypothekargläubiger. Danach hat jeder privilegierte Gläubiger auch eine Hypothek. Die drei Kategorien entsprechen den gleichnamigen des römischen Rechts. Deshalb wird der Unterschied, der in Anbetracht der vierten Kategorie obwaltet, scharf hervorgehoben. Das französische Recht kennt keine privilegierten persönlichen Gläubiger. Der Grundsatz der gleichen Behandlung der Chirographaren wird nie durchbrochen[2])

Aber obschon hier versucht wird, römisches und französisches Recht selbständig zu erfassen, kennzeichnet sich doch die ganze Auffassung sofort als eine romanistische. Und es wird sich herausstellen, dass ein Rechtszustand, wie er hier dargestellt wurde, überhaupt nicht existierte. Das gilt auch von der Darstellung Guyot's[3]). Als ancien droit wird hier das reine römische Recht mit seinen vier Gläubigerkategorien erklärt. Ein Blick auf das altfranzösische Recht, wie es wirklich war, genügt, um die Unzulänglichkeit der genannten Versuche zu erhellen. Die romanistische Doktrin hat nicht vermocht, dem französischen Privilegiensystem gerecht zu werden, es zu erklären. Wir müssen uns zu nutze machen, was sich uns schon in den einleitenden Erwägungen dieses Ab-

[1]) S. 312 f.

[2]) Vgl. noch Seite 312: Das römische Recht habe einen grossen Unterschied gemacht zwischen dem persönlich privilegierten und dem Hypothekargläubiger, anders also als im französischen Recht.

[3]) Hyp. Sect 1 § IX.

schnittes ergab: Die Einsicht in das Wesen der Privilegien ist nur zu gewinnen auf der breiten Grundlage des Verständnisses des geltenden Haftungs- und insbesondere Exekutionsrechtes. Und dies Verständnis kann notwendigerweise nur eine Betrachtungsweise ergeben, welche dem alteinheimischen Recht Rechnung trägt.

Und da müssen wir uns denn nur des früher über die mittelalterlichen Privilegien Gesagten erinnern. Grundsätzlich geht in der Mehrzahl der Rechte der premier saisissant vor, d. h. im Kollisionsfalle bestimmt sich die Reihenfolge. in welcher die Gläubiger zu befriedigen sind nach dem Alter resp. Zeitpunkt der Besatzungen. Die Privilegierung besteht in der Durchbrechung dieser grundsätzlichen Regelung zu Gunsten von Gläubigern, welche vorzugsweise befriedigt werden sollen, obschon sie für ihre Forderungen die Exekution erst später anheben liessen. — Eine allmählich anbrechende Zeit neuer wirtschaftlicher Verhältnisse, gesteigerten Kreditbedürfnisses lässt in diese Ordnung ein neues Element eintreten. Die Interessen des Verkehrs erheischen bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger nach Markzahl. Wie in Deutschland[1]) so machen auch in Frankreich einzelne Rechte diese Auffassung für den Fall der déconfiture, der Insolvenz zu der ihrigen.

Quant aucuns s'est obligiés par letres ou par convenances a pluseurs creanciers et il n'a pas assés vaillant pour paier et li creancier sont plaintif, li mueble et li eritage au deteur doivent estre pris et vendu et paié as creanciers a la livre selonc ce que la dete est grans[2]).

So Beaumanoir. Die nämliche „contributions", d. i. anteilmässige Verteilung im Falle der Déconfiture sieht auch Bouteiller vor in dem tit. 64 des ersten Buches, in einer Stelle, die hier angeführt sein mag. Denn sie kennzeichnet scharf die beiden verschiedenen Behandlungsweisen. Es wird zuerst der Begriff der déconfiture erklärt, dann der Grundsatz des gemeinen Exekutionsrechtes statuiert, wonach die Erstbetreibenden auch die Erstbezahlten sind und endlich darauf hingewiesen, dass dieser Grundsatz nach den Forderungen von Vernunft und

[1]) v. Meibom 457 f.
[2]) 1055 vergl. 1598/99.

Recht bei Insolvenz dem andern weichen müsse, der eine anteilmässige Befriedigung aller Gläubiger erheischt.

Contribution que rurallement entre les loix est appellee cas de desconfiture, est quand il aduient qu'une personne est obligee et endettee enuers tant de creanciers, qu'à satisfaire chacun de ce qui luy est deu, le vaillant à l'obligé ne pourroit suffire n'accomplir à satisfaire, n'à faire raison à tous ses creanciers: et lors veut raison et droict que s'il aduient que le detteur est ou soit assailly pour ses dettes et ses creanciers et s'en soient trais a loy et l'ayent fait mander et conuenir par adiournement, iaçoit ce que l'adiournement de cour iudiciaire vueille que les premiers creans et marchandans soient premiers payez, si auant qu'ils verifiront leurs dettes, neantmoins veut la loy de contribution que si tost qu'il apperra que tant de dettes et detteurs y aura que le vaillant du detteur ne puisse satisfaire et tout payer chacun crediteur, ce que deu luy est, que tout le vaillant soit ramené en une somme de deniers et d'icelle somme sera payé à chacun crediteur aussi bien au derrain venant à loy, comme au premier, au marc pour la liure, c'est à scauoir, selon ce que deu leur sera, mais qu'ainsi soit requis par lequel que ce sera des crediteurs. Et ce est appellé droit de contribution.

Genau dies ist nun aber auch noch das Recht des 16. und der folgenden Jahrhunderte. Wir haben schon früher gesehen[1]), dass auch jetzt noch zunächst der Grundsatz gilt: le premier saisissant est préféré[2]). Daneben ist aber auch die Insolvenz berücksichtigt und vorgesehen, dass bei Eintritt dieser letzteren die Gläubiger pro rata zu befriedigen sind.

Toutefois en cas de deconfiture chacun creancier vient à contribution au sol la livre, sur les biens meubles du debiteur. Et il n'y a point de preference ou prerogative pour quelque cause que ce soit; encore qu'aucun des creanciers eût fait premier saisir[3]).

In diesem Artikel wird das Prinzip der anteilmässigen Befriedigung nur noch in Ansehung des Mobiliarvermögens aus-

[1]) oben S. 222, 257.

[2]) So erläutert Brodeau den art. 178 du Coutume de Paris mit Recht durch die eben zitierte Stelle aus Bouteiller.

[3]) art. 179 C. de Paris; vergl. art. 448 C. d'Orléans.

gesprochen. Nur von den Privilegien auf die Fahrhabe sei denn auch zunächst die Rede. Es erhebt sich nämlich die Frage, ob mit dem Vorrang des zuerst Pfändenden auch das Vorzugsrecht des privilegierten Gläubigers im Falle einer déconfiture verloren gehe. Die Frage wurde schon im Mittelalter verneinend beantwortet. Die Insolvenz vermochte dem Privileg nichts anzuhaben[1]). Dies gilt auch im neueren Recht. Denn die apodiktische Erklärung des soeben zitierten Artikels über die Gleichheit aller Gläubiger bei Insolvenz, erleidet, wie die nachfolgenden Artikel zeigen, die Ausnahme: sinon en cas de privilege[2]). Damit ist bereits gesagt, dass die Privilegien, wie sie das neuere französische Recht auf die Mobilien anerkennt, ihrer juristischen Natur nach die nämlichen sind, die schon das Mittelalter — auf deutschrechtlicher Basis — ausgebildet hatte.

Und nicht nur ihrer Natur nach, sondern teilweise auch in Hinsicht auf die Forderungen und die Objekte sind die Privilegien die gleichen geblieben. Freilich sind im Laufe der Zeit eine grosse Anzahl neuer Privilegien hinzugekommen. Privilegien auf die Mobilien[3]) haben: Der Betreibende für die Gerichtskosten, die Begräbniskosten[4]), Aerzte, Apotheker für die Kosten der letzten Krankheit, der Fiskus für seine Forderungen[5]).

Das sind die einzigen Vorzugsrechte, die auf das gesamte Mobiliarvermögen gehen. Dazu kommen nun aber zahlreiche Privilegien, die ein Vorzugsrecht nur in Hinsicht auf den Erlös aus speziellen Objekten geben. So das Privilegium des Verpächters auf die Ernte und — im Gegensatz zum römischen Recht — auf die Invecten und Illaten, des Vermieters auf das Eingebrachte, desjenigen der Sämereien liefert auf den Ertrag

[1]) Vergl. oben S. 257.

[2]) Pothier zu art. 448 cit.

[3]) Nach Pothier, Introduction XX art. II § IX. vergl. Basnage e. c., d'Héricourt a. a. O. Pothier, Traite des hyp. § 50 f. Guyot vo Privilége u. a.

[4]) Weil sie im Range sehr begünstigt sind, sollen sie zuerst aus den Mobilien bezahlt werden, auf die kein Gläubiger ein spezielles Privilegium hat.

[5]) Endlich wer einen im Schuldturm befindlichen Schuldner die Subsistenzmittel vorgestreckt hat.

der Ernte, des Schmiedes, Wagners, Sattlers für die Lieferungen des letzten Jahres[1]), dasjenige des Lieferanten von Fässern auf den Wein in diesen, der Ernteleute auf die Ernte[2]), der Hirten auf die Herde für den Lohn eines Jahres, der Handwerker (Maurer, Zimmerleute u. a.) auf die Mietserträgnisse der von ihnen reparierten Häuser, der Fuhrleute für die verfahrenen Sachen während eines Jahres, des Verkäufers auf die verkaufte Mobilie, des Gastwirts auf das Reisegepäck u. a. m.

Die meisten Privilegien sind demnach spezielle. Dieser Umstand allein schon lässt die romanistischen Erklärungsversuche unzulänglich erscheinen. Hingegen ist diese Eigentümlichkeit, wie wir bereits gesehen haben, für manche der mittelalterlichen Privilegien charakteristisch.

Völlig abweichend vom Zustand der vorausgehenden Periode ist indessen die Erscheinung, dass der Gesichtspunkt der Privilegierung d. h. der Einordnung der Forderungen in eine Prioritätsordnung zu fast durchgängiger Herrschaft gelangt ist. An Stelle der Rangierung nach dem Zeitpunkt der Saisie[3]) ist diejenige nach der qualitativen Forderungsbewertung getreten. Dabei wird jede Privilegierung am liebsten mit den generellsten legislativpolitischen Erwägungen zu rechtfertigen gesucht. Man gewinnt aus dem einen oder anderen Fall einer Begünstigung durch Vorzugsrecht ein allgemeines Prinzip, dem sich dann in leichter und natürlicher Weise neue Fälle unterordnen lassen. Welche Privilegien[4]) wurden nicht auf die Versionsidee gestützt! Darin steckte also Methode, freilich nicht eine solche, wie sie der naiven Rechtsbildung der bisherigen Perioden eigen gewesen war. Auf diese formale Seite beschränkte sich u. E. der Einfluss des römischen Rechtes.

[1]) Nicht in allen Rechten und dann zuweilen nur auf die gelieferten Objekte, soweit sie noch vorhanden.

[2]) In willkürlicher Weise werden ausdrücklich Lieferanten von Rebpfählen und Dünger ausgenommen.

[3]) Die übrigens immer noch Platz greift, solange der Schuldner nicht insolvent ist. Des öfteren gehen die Autoren bei der Betrachtung der Privilegien noch von diesem Falle aus. Ferrière II S. 368. Der Vermieter sei vorgezogen à tous autres creanciers quoy que premiers saisissans et executans etc.; vergl. oben die Definition von d'Héricourt.

[4]) Bis hin zum Vorzugsrecht des premier saisissant, Ferrière, Compilation zu art. 177 no 7.

In den hier in Frage stehenden Gebieten, war er dann allerdings in diesem Sinne sehr bedeutend, bedeutend genug, um schliesslich die Gläubigerkollision und den Konkurs durch eine so eigenartige Bildung wie sie die Prioritätsordnungen darstellt, beherrschen zu lassen.

Im einzelnen müssen wir nur noch auf zwei Privilegien besonders hinweisen.

In Betreff des Barverkaufes nehmen die Coutumes[1]), insbesondere diejenigen von Paris, merkwürdig früh das römische Recht auf, demzufolge der Verkäufer, solange er nicht bezahlt ist, Eigentümer bleibt und die Sache vindizieren kann. So berichtet schon Jean des Mares[2]).

Qui vend aucune chose sans iour et sans terme, esperant d'estre promptement payé, il puet sans préjudice la chose poursuivre, en quelque main qu'elle soit transportée, pour en etre payé du pris qu'il l'a vendne, ou pour ranoir la chose.

Dies Vindikationsrecht anerkennen auch die alten (art. 194) und die neuen Coutumes de Paris (art. 176), die Coutumes d'Orléans (art. 458) u. a.[3]), wenn gleich diese Abweichung von deutschrechtlichen Grundsätzen nicht ohne Widerspruch erfolgt und die Kommentatoren sich bemühen, die Tragweite dieser Bestimmungen einzuschränken[4]). — In selbständiger Weise wird nun aber der Kreditverkauf behandelt. Aus einem solchen steht dem Verkäufer ein Privilegium zu.

Et neansmoins encore qu'il eût donné terme, si la chose se trouve saisie sur le debiteur par autre creancier, il peut empêcher la vente et est preferé sur la chose aux autres creanciers[5]).

---

[1]) Touraine 1559 art. 220.

[2]) no 195, vergl. Cout not. 141, vergl. Cout not. 159 mit Entscheid von 1369.

[3]) Vergl. Beaune, Contrats 208.

[4]) Wer die Sache vom Käufer auf dem Markte erwarb, braucht sie dem Eigentümer nicht herauszugeben, Pothier zu art. 458 cit. Sind seit dem Verkauf einige Tage verstrichen, so wird ein Kreditverkauf präsumiert, Pothier a. a. O., de Ferrière zu art. 176 cit. Ja nach Brodeau sur Louet l. P. no 14 soll jeder gutgläubige Erwerber geschützt sein. Ebenso nach Basnage in Übereinstimmung mit der Rechtsübung in der Normandie S. 339.

[5]) C. de Paris 177.

Es scheint, dass dies Privileg im Gefolge des Vindikationsrechtes zur Anerkennung gelangte. Denn die Autoren rechtfertigen die Bestimmung damit, dass fingiert werde, es verbleibe das Eigentum der verkauften Sache, so lange sie beim Erwerber liege, dem Verkäufer [1]).

Zu nennen ist ferner noch das Privilegium des Vermieters und Verpächters auf die eingebrachte Fahrhabe des Mieters resp. Pächters. Diese Fahrhabe bildet die Sicherheit des Gläubigers. Diesem wird deshalb wie im Mittelalter, so auch im neueren Recht die Befugnis zur Privatpfändung zuerkannt, das droit de gagerie [2]). Es bedarf also keines weiteren Titels. Das Pfändungsrecht erstreckt sich auf die Invekten und Illaten und steht in Hinsicht auf die Rückstände nur beschränkt, nur für einige wenige Zinsraten zu [3]). Zudem kann der Gläubiger, soweit es zu seiner Sicherheit nötig ist, die Entfernung der ihm haftenden Fahrhabe verhindern. Soweit aber doch Mobilien verschleppt worden sind, kann sie der Vermieter verfolgen. Er kann gegen den Besitzer, selbst wenn er gutgläubiger Erwerber ist, Klage anstemmen auf Herausgabe der Sache, doch nur zur

[1]) Ferrière zu art. 177 cit. So spricht auch Pothier zu art. 458 cit. von einer hypotheque privilégiée que la coutume donne au vendeur pour le prix. — Der Grand coutumier bezeichnet die Forderung aus einem Barverkauf als privilegiert, hingegen aus Kreditverkauf entstehe kein Privilegium.

[2]) Paris, alte Coutumes 163, neue 161. Orléans 406 f.

[3]) Aber auch als Privatpfändungsrecht selbst wird das Institut einzuschränken versucht. Nach Orléans art. 406 soll der Pfändung ein Gerichtsdiener beiwohnen. Auch die übrigen Formalitäten der gerichtlichen Saisie, insb. der Zahlungsbefehl müssen statthaben. Pothier zu art. 406 cit. — Die nämliche Befugnis der privaten Pfändung von Fahrhabe und Früchten steht dem Berechtigten aus einer rente foncière zu. Pothier, Introduction XIX § VI S. 713, Paris (art. 165) art. 173. Vergl. Brodeau II S. 368: In dieser milderen Form durch Gagerie werde das grundherrliche Recht ausgeübt, das früher in den „empeschement“ oder obstacles bestanden habe. Ce droit a succedé a celuy qui permettoit aux Seigneurs censiers, faute de payement de leursdits cens et rentes seigneuriales, de mettre hors des gonds l'huis de la maison censuelle, le fermer, verrouiller et cadenasser, barrer, ou mettre barriere et barreau au deuant en signe de saisie, arrest, ou empeschement; ce que quelques Coustumes appellent obstacles qui estoit une forme d'execution reelle et un exploict dependant de la seigneurie directe et foncière. Ce qui est aboly .... à Paris où le droict de Gagerie a esté introduit au lieu de cette execution rigoureux.

Sicherung von drei verfallenen Zinsen und nur soweit die Sache diesen Wert nicht übersteigt[1]). Oder aber er kann, in den gleichen Grenzen, die Sache selbst pfänden, wo er sie findet[2]). Vermieter und Verpächter haben also eine gesetzliche Spezialhypothek. Aber sie ist nicht nur dadurch von der römischen Legalhypothek verschieden, dass sie auch für den Verpächter auf die Invekten und Illaten geht, sondern vor allem auch durch die Beschränkung, dass sie nur während einer kurzen Zeitdauer — bei der Miete acht, bei der Pacht vierzig Tage lang von der Deplazierung an[3]) — geltend gemacht werden kann. — Zu diesen Begünstigungen tritt endlich noch das Vorzugsrecht. Es ist begreiflich, wenn man es aus der Hypothek zu begründen versucht[3]). Aber wir wissen, dass zuerst nur das Vorzugsrecht anerkannt war. Erst das Bestreben immer weitergehender Privilegierung und die Berührung mit dem römischen Recht brachten dem Vermieter die Hypothek. Die Unabhängigkeit des Vorzugsrechtes zeigt sich aber noch darin, dass es für alle aus dem Mietvertrag entspringenden Forderungen, nicht etwa bloss für einige Zinsraten, beansprucht werden kann, während das Pfändungsrecht dem Mieter und Dritten gegenüber in dieser Weise beschränkt ist[4]).

Bisher ist von den Privilegien nur die Rede gewesen, so weit sie sich auf die Mobilien beziehen. Es muss nun aber bemerkt werden, dass einige der genannten Privilegien auch in Hinsicht auf die Immobilien wirksam sind, so dass sie bei einer Immobiliarexekution ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung an erster Stelle, vor den Hypothekaren verleihen. Dieser absolute Vorrang ist es, was die eingangs genannten Autoren veranlasst, hier von privilegierten Hypotheken, von dinglichen Privilegien zu reden. Dabei herrscht die Ansicht vor, diese Art der Privilegierung habe sich nur unter Mitwirkung des römischen Rechtes bilden können und sei ein Produkt der späteren Rechtsentwicklung, vom 16. Jahrhundert ab.

---

1) Cout. d'Orléans 419.

2) Cout. d'Orléans 415, Paris 171; Pothier, Introduction cit. § III no. 49.

3) Doch erläutert Pothier: un droit d'hypotheque et une espece de nantissement.

4) Pothier l. c. § IV.

Schon aprioristische Erwägungen lassen diese Auffassung bedenklich erscheinen. Der Vorzug der ersten Besatzung in der Befriedigung enthält ein Prinzip, das nach mittelalterlicher Anschauung so gut für die Liegenschaften wie für die Fahrhabe gilt. Darauf beruht das Vorzugsrecht aus der Satzung (obligation). Wenn dieser Grundsatz bei den Mobilien durchbrochen werden kann, so muss diese Möglichkeit schlechterdings auch für die Immobilien zugestanden werden. Und dass wirklich die Satzung in dieser Richtung nicht anders behandelt wird als die Exekutionsanhebung zeigen die südlichen Rechte. Hier hat sich das Mobiliarsatzungsrecht in die neuere Zeit hinübergerettet. Logischerweise geben aber die privilegierten Gläubiger nicht nur dem premier saisissant, sondern auch diesen „Hypothekaren" vor[1]. Ja es kennt schon das Mittelalter eine Rechtslage, in welcher allfällige Privilegien, die auf die Gesamtheit der Mobilien gehen, in natürlicher, ja geradezu zwingender Weise auch auf die Erlöse aus Immobilien gehen müssen, so dass durch sie die Satzungsgläubiger zurückgesetzt werden. Zu einer Zeit nämlich, die das Ordreverfahren der Immobiliarexekution noch nicht kennt oder noch nicht in feste Formen gebracht hat und die die specielle Satzung als solche nur erst als ein die Dispositionsbefugnis des Schuldners einschränkendes Recht kennt, ist es möglich, dass der Konkurs ein besonders energisches Gepräge erhält. So haben wir gesehen, dass nach Beaumanoir Fahrhabe und Liegenschaften im Falle der Insolvenz in eine Masse geworfen werden, aus welcher die Gläubiger pro rata zu befriedigen sind, obschon ausdrücklich Obligationen par lettres vorausgesetzt werden. Der Satzungsgläubiger verliert sein Vorrecht wie der Erstbetreibende. Es ist aber von innerer Wahrscheinlichkeit, dass auch hier die Privilegien erhalten bleiben, also auch dem Satzungsgläubiger gegenüber. Dies wird denn auch in dem früher zitierten Recht von Montpellier ausdrücklich anerkannt[2].

Dabei setzten wir allerdings voraus, dass das Mittelalter Privilegien auf die Gesamtheit der Mobilien gekannt habe. Denn von so gearteten Privilegien wird hier behauptet, dass sie in natürlicher, dem Mittelalter adäquater Weise auch in Hinsicht auf die Immobilien hätten zur Anerkennung gelangen können.

[1]) Brodeau zu art. 178 II S. 440.

[2]) Vergl oben S. 256/7.

Es ist ja sicher, dass diese Privilegien nicht zahlreich waren. Aber das liegt an allgemeinen rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen, die bewirkten, dass Forderungen von qualifizierter Schutzbedürftigkeit eine geringere Bedeutung hatten oder auf ganz andere Weise geschützt wurden, während umgekehrt die speziellen Privilegien, wie z. B. diejenige des Vermieters und Verpächters sich durch eine bestimmte faktische oder juristische Beziehung des Gläubigers zu bestimmten Teilen oder Objekten des schuldnerischen Mobiliarvermögens leicht ergaben. In Wirklichkeit fehlt es nun aber auch dem Mittelalter nicht an Privilegien, die einzelne begünstigte Gläubiger wie in der Mobiliar-, so auch in der Immobiliarexekution sämtlichen anderen Gläubigern vorgehen lassen.

Ein solches Privileg hat der König für seine Forderungen. Früh trifft man gelegentlich das Privileg für die Gerichtskosten als allgemeines anerkannt[1]). Der Grand Coutumier privilegiert u. a. die Forderungen des Königs und die Forderungen der Minderjährigen[2]) und lässt erkennen, dass die Vorzugsrechte auch in der Immobiliarexekution zur Geltung kommen können[3]). Ebenso das Recht von Anjou[4]). In gleicher Weise kennt Bouteiller Obligationen, die auf das gesamte Vermögen gehen und gegen das Ganze einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung geben[5]).

Es gilt also von den Privilegien, die das neuere Recht auf die Gesamtheit der Mobilien und Immobilien gehen lässt,

---

[1]) Salon a. 1293. Giraud II, 265.

[2]) S. 216.

[3]) S. 222.

[4]) Anjou, Man. L., no. 265: Et sera la femme preferée de son douaire sur les heritages de son mari. F no. 1095: Les crediteurs ont privilege, c'est assavoir de temps, de cause, et de diligence. De temps, c'est assavoir ceulx qui ont premieres obligations, de cause, c'est assavoir ceulx qui sont personnes privillegiez pour certaines causes, comme sont eglises, mineurs et femmes mesmement en leurs douaires; de diligence, c'est assavoir ceulx qui ont veillé en leur fait et en satisfacion de leur debte ou de leur obligacion en maniere deue, comme avoir le premier saisine.

[5]) Vergl. oben S. 261. Dazu tit. 102 S. 587: tous les biens de ceux qui doiuent à la bourse du seigneur, c'est à dire les biens de ceux qui doivent au seigneur, dessous qui ils sont insiciables, sont obligez comme gages et se payent deuant toutes autres dettes etc.

dass sie sich in natürlicher Weise in die historische Entwicklung und in den Rahmen des einheimischen Rechtes eingliedern und dass das diesbezügliche neuere Recht begrifflich nur übernommen, was schon das Mittelalter ausgebildet hat. Und wie von den speziellen Privilegien auf die Mobilien, so gilt auch von diesen generellen Vorzugsrechten: Es sind in der Hauptsache die nämlichen Forderungen wie im très ancien droit, die in unserer Periode auf diese Weise privilegiert werden: Die Ansprüche der Grundherren aus dem Obereigentum, des betreibenden Gläubigers für die ausserordentlichen Kosten des Dekrets und die Begräbniskosten[1]).

Zu Unrecht werden also die bisher betrachteten Privilegien dingliche genannt, zu Unrecht werden sie durch das römische Recht zu erklären versucht. Aber das ancien droit kennt noch eine dritte Kategorie von Privilegien. Sie gehen auf spezielle Immobilien und sind stets mit einer Hypothek verbunden. Hier kann man also von privilegierten Hypotheken sprechen und in begründeter Weise wird auf das entsprechende römische Institut als von vorbildlicher Bedeutung hingewiesen.

So wurden die Versionsprivilegien aufgenommen[2]). Der König hat ein Privilegium auf alle von den Verwaltern und Pächtern der Steuern seit ihrem Verwaltungsantritt erworbenen Liegenschaften, weil präsumiert wird, dass der Erwerb mit königlichem Gelde erfolgt sei[3]).

Nous entendons avoir privilège sur le prix des immeubles acquis depuis le maniement de nos deniers, néanmoins après le vendeur et celui dont les deniers auront été employées dans l'acquisition et dont il sera fait mention sur la minute et expédition du contrat[4]).

Weil das Privileg auf die präsumierte Version gegründet ist, wird anerkannt, dass dem Fiskus vorgehe, wer Geld zum Erwerb der betreffenden Liegenschaft geliehen habe. Denn allgemein wird das Privileg dessen anerkannt, der Geld zum

[1]) d'Héricourt chap. XI sect. 1 no. 1 f.

[2]) Pothier. Ed. Beugnot IX 458.

[3]) Vergl. Dernburg, Pfandrecht II S. 440 f.

[4]) Edict vom 13. Aug. 1669 art. 3; vergl. d'Héricourt l. c. no. XI f. Du Boys cit.

Erwerb, zur Konservierung oder Ameliorierung einer Immobilie geliehen hat[1]). Doch wird verlangt, dass der Darlehnsgeber die Verwendung zu einem solchen Zwecke sich in notarieller Form stipulieren lasse und dass in der Quittung die entsprechende tatsächliche Verwendung erwähnt werde[2]). — Dieses Versionsprivileg kommt auch den Bauhandwerkern zu gute. Sie brauchen sich nicht, wie in Rom, die Hypothek erst vertraglich geben zu lassen. Wie das ältere gemeine, so gibt ihnen auch das französische Recht eine privilegierte Legalhypothek.

Dabei wird zuweilen zwischen Erhaltung und Verbesserung der Sache unterschieden[3]). Wenn die Arbeit das Haftungsobjekt schlechterdings vor dem Untergang rettet, soll sie eines uneingeschränkten Privilegs geniessen. Handelt es sich indessen nur um Reparaturen, Umbauten, Ameliorationen, dann soll das Privilegium in Höhe des durch die Arbeit geschaffenen Mehrwertes bestehen. Es ist interessant, dass eine konsequente Durchführung dieses Gedankens im ancien droit zu dem Versuche führte, den Wert des Grund und Bodens und denjenigen der superficies zu trennen und verschieden zu behandeln.

Il fut ordonné que le fonds seroit estimé separément, et que le prix de l'estimation seroit paié au Seigneur direct et la valeur de la superficie à celui des deniers duquel la maison avoit été construite.

Il fut jugé que ventilation seroit faite du fonds et des bâtiments separément, pour être sur ce, tant le bailleur que le créancier qui avoit prêté pour bâtir, paiez en concurrence; le bailleur à proportion de la valeur de son fonds, l'autre du bâtiment, en égard à l'état present de la chose[4]).

Es musste also der Mehrwert festgestellt werden. Zuerst wird es ohne weiteres als zulässig erklärt, dass die Ansprecher diesen Mehrwert beweisen, eventuell durch Sachverständige beweisen lassen in einem Zeitpunkt, in welchem die betreffende Arbeit schon weit zurückliegt. Während bereits vom Geldgeber

[1]) d'Héricourt l. c. no. VII.

[2]) Wenn es sich um Reparaturen handelt, müssen auch die Quittungen der Unternehmer und Handwerker angeben, dass sie mit dem Gelde des betreffenden Geldgebers bezahlt worden seien.

[3]) d'Héricourt l. c., Basnage 324 f.

[4]) Basnage 321 f.

das Innehalten bestimmter Formen verlangt wird, die allein als genügende Beweismittel angesehen werden, um die zweckentsprechende Verwendung der Gelder zu erhärten, wird vom Bauhandwerker noch keinerlei Formalität verlangt. Er mag, wenn er in die Lage kommt, sein Privilegium geltend zu machen, den durch seine Arbeit geschaffenen Mehrwert mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nachweisen.

Le privilége a lieu en faveur des ouvriers encore qu'il n'y ait aucun devis ni marché par écrit, pourvû que les ouvrages soient constans ou que s'ils sont déniés ils puissent être vérifiés et que l'ouvrier ait agi dans un temps compétant, c'est à dire, dans le temps que la Coutume a fixé pour la durée de son action [1]).

Aber die Stelle zeigt, dass von anderer Seite vielfach bestimmte Formalitäten verlangt wurden, die einer solideren Festsetzung des Mehrwertes dienen sollten. Es müssen die Quittungen der Arbeiter vorgelegt und ihr Inhalt beschworen werden. Wer nicht die devis, die Bauanschläge einreicht, kann auf ein Privilegium nicht Anspruch machen [2]). Schliesslich wird von dem Bauhandwerker, der gesonnen ist, eventuell das Vorzugsrecht geltend zu machen, verlangt, dass er zur Zeit des Bauens selbst resp. unmittelbar vorher und nachher die Werte, bezw. den Mehrwert gerichtlich feststellen lasse. Vor Beginn der Arbeit soll ein gerichtlicher Experte ein Protokoll über die Liegenschaft und ihren Wert aufnehmen und das soll sich nach Beendigung der Arbeit oder im Jahre der Beendigung wiederholen [3]).

Sehen wir schon bei den genannten Privilegien im einzelnen manche Abweichungen vom römischen Recht, so gilt dies im vollen Umfange für einige andere privilegierte Hypotheken, die das ancien droit in originaler, selbständiger Weise zur Ausbildung gebracht hat.

Wie der Verkäufer einer beweglichen Sache, so hat auch derjenige einer Liegenschaft ein Privilegium. Aber während sich jenes zuerst in den Coutumes findet, hat sich dieses in den Ländern des geschriebenen Rechts entwickelt. Zur Sicherung

[1]) Bourjon S. 596 no. 155; vgl. d'Héricourt l. c.

[2]) Louet H no 21.

[3]) Reglement des Parlement de Paris vom August 1766. Vgl. Guyot v. Privilége und Ouvrier.

des Kaufpreises enthielten die Kaufverträge regelmässig ein pactum reservati dominii, eine clause de précaire. Wie dies bei so manchen schliesslich stereotyp gewordenen Klauseln der Fall war, wurde auch hier im Laufe der Zeit die Klausel, wenn sie fehlte, als vorhanden fingiert und dem Gläubiger das Recht, das ursprünglich ausdrücklich zugesagt werden musste, auch mangels einer Beredung zuerteilt. Dies Recht bestand ursprünglich im Eigentum der verkauften Sache. Aber allmählich griff eine andere Auffassung Platz. Mit der Tradition sollte trotz der Klausel der Eigentumsübergang vollzogen sein. Dem Verkäufer wurde aber für den Fall, dass von anderer Seite in die veräusserte Liegenschaft exequiert wurde oder dass er selbst seinen Kaufpreis in der Exekution zu erlangen versuchen musste, vorzugsweise Befriedigung zugesagt. Nicht mehr das Eigentum, aber eine privilegierte Hypothek soll er haben[1]. — Dieses Recht dringt allmählich[2] auch in die nördlichen Coutumes ein. Le vendeur n'est censé avoir vendu que sous la condition tacite, que l'acquereur ne deviendroit proprietaire absolu, que quand il auroit payé la prix entier de son acquisition[3]. Und zu dieser formaljuristischen, an die südliche Auffassung anklingende Erwägung schliesst sich die Forderung der Billigkeit an[4].

In analoger Weise gelangte die privilegierte Hypothek des Miterben zur Garantierung seines Loses zur Anerkennung. Da man zu diesem Zwecke sogar die Vindikation zuliess, ist es nur natürlich, dass die Legalhypothek zu einer privilegierten gemacht wurde. Man betrachtete den Erben wohl auch als Verkäufer[5].

---

[1]) La clause de précaire dont les parties se servent d'ordinaire, et que nos arrêts suppléent quand elle est omise, n'est pas en usage dans le commerce pour empêcher l'effet de la vente et la tradition de la chose vendue, mais pour en faciliter l'exécution par la sûreté du paiement du prix convenu. — Aussi faut-il avouer que son effet n'est pas d'empêcher la translation de la propriété, mais bien d'acquérir au vendeur, pour sa sûreté, une hypotheque spéciale et privilégiée. d'Olive. Quest. not. II, 17. Vgl. Beaune, Contrats 206 f.

[2]) Erst im 17. Jahrh. Beaune l. c.

[3]) d'Hericourt l. c.

[4]) d'Hericourt cit. Basnage 334 f.

[5]) Guyot Hyp. sect. I § 8 no. 9; Bourjon S. 596 no. 153; d'Hericourt no. IX; Basnage 338. – Über die Privilegien des Seerechtes d'Héricourt no. XV, Basnage 319.

Wenn wir bisher die Privilegien im Verhältnis zum ius commune nur gleichsam nach ihrer passiven Seite hin, d. h. nur in ihrer Abhängigkeit von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen betrachtet haben, so hat sich uns doch schon in den einleitenden Erwägungen dieses Abschnittes ergeben, dass die Privilegien auch ihre rückwirkende alterierende Kraft diesem ihnen zu Grunde liegenden Rechtszustande gegenüber besitzen. Das zeigt sich schon äusserlich durch die überragende Bedeutung, die der Gesichtspunkt der Forderungsprivilegierung im neueren Recht erlangt hat. Es konnte dies aber auch nicht ohne Einfluss auf die haftungsrechtlichen Vorstellungen der Zeit bleiben. Über diese Beziehungen des französischen Privilegierungssystems zum Haftungsrecht noch ein kurzes Wort.

Das Zusammentreffen oder der Konkurs von Gläubigern regelt sich auf dem Gebiet der allgemeinen Vermögens-Haftung offenbar am folgerichtigsten durch den Grundsatz der Gleichheit. Aber diese Gleichheit kann als Unfähigkeit einer zivilistischen Gliederung und Rangierung empfunden werden und führt zu einer spezifisch-prozessualen Prioritätsordnung, in welcher — eben weil es sich ausschliesslich um Sätze des Prozessrechts handelt — grundsätzlich doch die materielle Gleichheit gewahrt scheint[1]).

Doch die konsequent durchgeführte Gleichheit beispielsweise des römischen Konkurses, so unanfechtbar sie dogmatisch sein mag, zeigt die Divergenz der Verhältnisse im Bereich des Faktischen. Die Korrektur wird in der Durchbrechung der Gleichheit gesucht, in der Forderungsprivilegierung. Aber auch wo die begriffliche Gleichheit sich in eine prozessuale Ungleichheit umsetzt, machen sich derartige Bedürfnisse geltend, die ebenfalls zu einer vorzugsweisen Behandlung einzelner Forderungen führen.

Schliesslich kann dieser Gesichtspunkt der Privilegierung zu einer durchgeführten Potioritätsordnung gelangen lassen. Die Natürlichkeit schon der dogmatischen Deduktion und die Tatsache, dass die Rechtsgeschichte derartige Regelungen kennt, zeigen, dass eine solche Behandlung des Zusammentreffens von Gläubigern begrifflich im Rahmen der Vermögenshaftung wohl

[1]) Oben S. 139, 151.

möglich ist. Aber — das Prinzip der Gleichheit, das natürliche Prinzip erscheint doch auf den Kopf gestellt. Begrifflich gilt also, was praktisch: Eine solche Regelung ist möglich, aber sie ist unnatürlich, unzweckmässig.

Andere Grundsätze herrschen auf dem Gebiet der hypothekarischen Haftung. Allein folgerichtig und natürlich ist hier die Potiorität nach der Priorität, nach dem Alter des Rechtes. In der Durchführung dieses Prinzips beruht mit die Stärke und Zweckmässigkeit dieser Haftungsform. Je häufiger es hingegen durchbrochen wird, desto schwächer wird die Sicherung, die in der Sachhaftung liegt, desto mehr tritt der Gedanke der ausschliesslichen oder doch der erstlinigen Haftung einer Sache für den Gläubiger, der sie sich zum Pfand setzen liess, zurück. So lockert sich aber das Band der Haftung in Hinsicht auf das spezielle Objekt, und in natürlicher Reaktion tritt das Bestreben ein, im Pfandrecht nur noch einen Titel zur vorzugsweisen Befriedigung aus dem ganzen Vermögen zu erblicken. v. Schwind hat für die deutschen Partikularrechte diese pfandrechtlich destruktive Wirkung des Privilegiensystems im einzelnen dargestellt[1]).

Für das französische Recht erleidet indessen diese Auffassung eine merkwürdige Änderung. Verhängnisvoller als die Privilegien wirkten ja auch in Deutschland die Generalpfandrechte. Sie zerstörten die spezifisch pfandrechtlichen Vorstellungen, indem sie wesentlich nur eine Form privilegierter allgemeiner Vermögenshaftung darstellten. Dies System aber zeichnet gerade das französische Recht aus. Zur Zeit, als die Legalhypotheken Eingang fanden, hatten die haftungsrechtlichen Vorstellungen bereits eine Richtung eingeschlagen, der die gesetzlichen Pfandrechte nur entsprachen, so dass also hierin von einer zersetzenden Rückwirkung dieser letzteren nicht wohl mehr kann gesprochen werden. Und das gilt schliesslich auch von den Privilegien. Da die hypothekarische Haftung regelmässig generell ist und zunächst und so weit als möglich unter dem Gesichtspunkte der Vermögenshaftung behandelt wird, stellt sich das Privilegium nicht viel anders in diesen Rahmen hinein wie in denjenigen der allgemeinen Vermögenshaftung.

[1]) a. a. O. 173 und 174, 174 Noten.

Aber wir machen die Wahrnehmung, dass die Privilegien eine ausgesprochene Tendenz zur Spezialität besitzen. So schon die Privilegien auf die Fahrhabe. Dem Arbeiter haftet vorzugsweise das Produkt seiner Arbeit, dem Winzer der Wein, dem Hirt die Herde, dem Schnitter die Ernte. Dabei sprechen die Zeitgenossen oft von gage und nantissement. In der Tat wird denn das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einem speziellen Objekt in einzelnen Fällen zur Hypothek: Pfandrecht des Verkäufers, des Vermieters. — Dieser Gesichtspunkt der Spezialisierung macht sich nun aber auch in der Privilegierung auf dem Gebiet des Immobiliarrechtes in voller Intensität geltend. Der Verkäufer, der Bauhandwerker, der Geldgeber, sie alle haben das Privilegium und damit die Legalhypothek nur in Hinsicht auf spezielle Objekte. Das gesunde Prinzip der Spezialität offenbart sich denn auch sofort in pfandrechtlichen Wirkungen, die den Sachhaftungsideen nur adäquat sind[1]). Hier wird also ein wichtiges pfandrechtliches Prinzip aufrecht erhalten, das sonst dem ancien droit beinahe abhanden gekommen war. Diesen Spuren, die sich fast nur noch auf dem Gebiet des Privilegienrechtes fanden, musste späterhin für das Vertragspfand in breiter Bahn gefolgt werden. Es liegt darin allerdings auch eine Kritik des Pfandrechtssystems, wenn sich ergibt, dass in seinem Rahmen den Privilegien geradezu die Funktion zufiel, die wir oben als vorgreifende bezeichnet haben! —

[1]) Den privilegierten Gläubigern kann kein beneficium discussionis personalis entgegengehalten werden. Bourjon tit. VI, chap. IV, sect. 1, no. 6.

Drittes Kapitel.

Das Recht der pays de nantissement.

1. Der Stand der Doktrin. Die Rechte im äussersten Norden und Nordosten Frankreichs, die Coutumes der Pays de nantissement kennen eine merkwürdige Art der Hypothekenbegründung. Sie charakterisiert sich sofort durch die Bezeichnungen, die sie in den Rechten selbst findet. Denn diese sprechen von vest (vesture) und devest, von dessaisine und saisine (ensaisinement), deshéritance und adhéritance, exfestucation und infestucation, traditio festucaria seu per festucam, issue et entrée. Diese Terminologie zeigt, dass es die Formen der Eigentumsübertragung sind, die hier dem Pfandgeschäft dienstbar gemacht werden. In der Tat ist der Formalismus in beiden Fällen der nämliche. Die Parteien begeben sich vor den Grundherrn. Hier entledigt sich der Verkäufer oder der Pfandschuldner der Gewere, indem er das Grundstück in die Hand des Grundherrn zurückgibt: deshéritance. Darauf folgt die Investitur. Der Grundherr weist den Erwerber in die Liegenschaft ein. Er tut es durch Übergabe eines Stabes, der festuca oder buschette, den er vorher vom Verkäufer oder Pfandschuldner überreicht erhalten hat[1]). So heisst es, um nur eine der vielen diesbezüglichen Bestimmungen unserer Rechte herauszugreifen, in den Coutumes de Rheims:

[1]) Celui qui a aliéné ses Héritages se transporte devant le Bailli entre les mains du quel il remet — la propriété des Heritages dépendans de cette Seigneurie, en faveur de l'Acquereur. Et pour cet effet, il leur met un Rameau, une Branche, ou un Bâton, entre les mains, et c'est ce qu'on appelle Désaisine. Le Bailli remet ce Rameau entre les mains de l'Acquéreur, pour jouir des Héritages —. C'est ce qu'on nome Saisine. Artois zu art. 1 S. 162.

Saisine ou vest, est un acte solemnel fait par le seigneur foncier, ou sa Justice, par la tradition d'un petit baston ou buschette à l'acquereur, par laquelle ledit acquereur acquiert droit de propriété et possession en l'heritage par euy acquis: pourvu qu'il se soit prealablement deuestu dudit heritage au profit d'iceluy achepteur, et non autrement[1]). Und in eben dieser Weise wird auch das Pfandrecht hergestellt[2]). Deshalb werden in diesem Zusammenhange Eigentumsübertragung und Pfandrechts- d. h. Hypothekenbegründung wohl auch gleichzeitig dargestellt. Es geschieht beispielsweise in folgender Stelle, in welcher zugleich der Formalismus etwelche Abänderung erhält. Die Festuca liegt beim Vogt. Die deshéritance vollzieht sich, indem der Schuldner sich nähert und den Stab mit seiner Hand berührt.

Héritages, tant fiefs que mainfermes ne se peuvent vaillablement vendre, échanger, donner arrenter, charger, ou hypothequer, ny aucunnement aliener, sinon par en faire et passer devoirs de la Loy de deshéritance, et déssaisine ou raport solennel par devant les gens de la loy des lieux et Seigneuries dont ils sont tenus immediatement, mettant la main à la verge ou bâton que tient le Bailly, Mayeur ou autre officier, ou l'un desdits gens de loy: Et que lesdits de la loy soient en nombre competant; sans lesquels devoirs de loy, ne se peut par contracts transferer, ou âquerir droit de propriété incommutable en aucuns héritages[3]).

In merkwürdiger Treue haben sich hier also die alten Formen bis ins 17. und 18. Jahrhundert hinein, ja bis zur Revolutionszeit erhalten. Sie treten uns noch in solcher Frische und Ursprünglichkeit entgegen, dass es nur begreiflich erscheint, wenn die alten Herausgeber der Coutumes und die Autoren der Zeit die Bedeutung dieser formalen Vorgänge ganz richtig erfassen. „Unsere Coutume ersetzt durch eine Fiktion die Beschwernisse der realen Apprehension"[4]). Und ausdrücklich

[1]) art. 165.

[2]) Vergl. Amiens art. 141; Artois art. 75; Buridan zu art. 1 S. 162.

[3]) Cambresis tit. V art. 1.

[4]) Pinault zu l. c. gegen Zweifler, denen diese Zeremonien noch gar nicht genügten und die noch ein Mehreres verlangten, was sie mit romanistischer Begründung reale Besitzergreifung nannten, was in Wirk-

wird von einer symbolischen Investitur gesprochen. Bei der Übergabe eines Strohhalmes oder einer Rute sei man, so meint Buridan, ursprünglich davon ausgegangen, dass sich solche Objekte auf dem in Frage stehenden Gute fanden und einen, wenn auch minimalen Teil desselben bildeten. Dann hätten die „guten Leute der alten Zeit" geglaubt, durch Übergabe eines solchen Teiles die Übergabe des Ganzen bewirken zu können [1]).

In dieser Weise wird also die Hypothek errichtet. Die Formen reden für sich. Unzweideutig weisen sie auf die ältere Satzung, das engagement zurück. Bekanntlich hat Franken diese Entwickelungslinie ausführlicher gezeichnet. Dabei wies er auf die Gestaltung des englischen Mortgage hin, indem er es einreihte in eine hypothetische Kette von Gliedern, die vom germanischen Proprietätspfand bis hin zur formlosen Hypothek führte. In diesem Zusammenhang machte er auch die pays de nantissement namhaft. „Hier gehört zum Eigentumsübergang die allodiale oder feudale Investitur und hier gehört sie in gleicher Weise zur Konstituierung des Pfandrechtes. — Hier bildet also, wie in England, die Geschichte des Immobiliarpfandes eine ungebrochene Kette" [2]).

Wir müssen es an diesen Bemerkungen genug sein lassen. Unzweifelhaft weisen diese Formen der Pfandrechtsbegründung auf Institute des alten Rechts, die ausserhalb des Rahmens unserer Betrachtung liegen. Unverkennbar erscheint hier die deutsche Hypothek in enger Fühlung mit der älteren Satzung. Trotzdem weist Franken eine dementsprechende Auffassung des „jüngeren" Satzungsinstitutes zurück und er stellt denn auch die französische Obligation in Gegensatz zu dem Immobiliarpfand-

lichkeit aber wohl die Erinnerung an die letzten Reste der Realinvestitur bedeutete.

[1]) Nostre coustume et semblables, ont introduit pour marque, ou symbole de la vesture ou ensaisinement de l'heritage nouvellement acquis, que le seigneur foncier, ou sa Justice. mettroit és mains de l'acquoreur un petit baston, ou buchette, c'est à dire une baguette ou quelque festu; peut- estre, pour ce que d'ordinaire y ayant quelque arbre planté, quelque paille ou esteule en l'heritage vendu, les bonnes gens du passé pensoient qu'en tirant quelque rameau, buchette ou festu, qui faisoient, ce sembloit, partie dudit heritage, c'estoit faire la tradition du total etc.

[2]) Franz. Pfandrecht § 170, Brunner, Z. f. d. g. Handelsrecht, XXII, 542 f.

recht der hier besprochenen Coutumes: Die romanisierte „Obligation" des gemeinen (französischen) Rechts und das rein germanische Auflassungspfand der pays de nantissement sind die beiden grossen sich gegenüberstehenden und sich auch bekämpfenden Hypothekensysteme der neueren vorrevolutionären Zeit[1]). Aber an diesem Punkte bedarf Frankon dringend der Ergänzung. Die Hypothek dieser Länder ist ihm schlechthin das Auflassungspfand. Ihr System ist ein einfaches, in sich einheitliches.

Dahin geht auch die allgemein herrschende Auffassung. Man weiss freilich, dass die Formen, in welchen nach diesen Rechten die Hypothek begründet wird, unter sich recht verschieden sind. Wie oft wurde, insbes. in der französischen Literatur auf diese Formen hingewiesen. Aber es geschah fast immer aus legislativ-politischen Motiven, mit einem Seitenblick auf das moderne Recht. Eine Würdigung auf ihre dogmenhistorische Bedeutung hin fanden sie nicht. Deshalb hält man sie denn auch durchweg für wesensgleich. Sie alle sollen den gleichen Zweck, die gleiche Wirkung, den gleichen Ursprung haben. Dabei hält man sich an die symbolische Investitur. Die andern Formen sind nur Derivationen desselben. Dies der Stand der Doktrin wie zu Anfang[2]), so auch noch zu Ende[3]) des neunzehnten[4]) Jahrhunderts.

Aber diese Auffassung erweist sich bei näherem Zusehen als unhaltbar. Diese verschiedenen Formalapparate lassen sich unmöglich auf einen einheitlichen Ausgangspunkt zurückführen. Sie zeigen sich vielmehr von einer Gegensätzlichkeit, die in zwingender Weise auf völlig verschiedenen Ursprung schliessen lässt. Neben dem besitzlosen Auf-

[1]) § 170, vergl. § 20 f.

[2]) Merlin, Rep. vo. Nantissement S. 421. Übrigens bringt dies Repertoire unter den verschiedenen Stichworten sehr wertvolles Material. Es bildet die einzige ausführlichere Darstellung, die wir kennen.

[3]) Vergl. Glasson VII 681, ces formalités étaient dérivées de l'ancien ensaisinement. Beaune, Introduction 540, 544, Contrats 537, 548, 556. Esmein, Etudes 190 f. Laurent, Principes XXX, no. 164; Fourmeaux, Du Mode de Publicité des Hypothèques, 1897 S. 33.

[4]) Fast schärfer schieden demnach die älteren Autoren. Doch kamen sie zu diesen Unterscheidungen nur durch schiefe Vergleiche mit dem römischen Recht. Loyseau III 1, 33 S. 82.

lassungspfand stossen wir auf eine andere Hypothek, die augenscheinlich keinen essentiellen Gegensatz zur altfranzösischen Spezialobligation bildet, die vielmehr vergleichsweise neben sie gestellt werden muss. Ja es wird sich herausstellen, dass dergestalt diese Obligation und damit überhaupt das Recht der jüngeren Satzung in die schärfste Beleuchtung gerückt wird. Die Zusammenhänge erheischen zunächst eine kurze Betrachtung des Vollstreckungsrechtes.

2. Das Exekutionsrecht. a) Der Formalismus der Bannlegung. Die Eigentümlichkeiten des deutschen Zwangsverfahrens sind auch in unsern Coutumes anzutreffen. Auch hier zerfällt die Immobiliarexekution in die beiden Teile der Fronung und der definitiven Aberkennung des Gutes mit anschliessender Verwertung und auch im einzelnen unterscheidet sich das Verfahren nicht allzusehr von demjenigen, wie wir es aus den älteren deutschen Quellen kennen und wie wir es auch im altfranzösischen Recht beobachtet haben. Aber es erscheint in den pays de nantissement noch in Formen gekleidet, die anderswo schon Jahrhunderte früher verschwunden waren, die aber ihrer Eigentümlichkeit nach den Ursprung und die historische Bedeutung des ganzen Verfahrens in sicherer Weise erkennen lassen. Gradlinig weisen sie auf die fränkische missio bonorum in bannum zurück. Es müssen die Gesichtspunkte des fränkischen Amtsrechtes allgemein durchgedrungen und in das Rechtsbewusstsein des Volkes übergegangen sein. Denn ausschliesslich auf ihnen baut sich die Entwickelung in der Folgezeit auf. Zwar begegnen wir manchen Neubildungen. Aber auch diese ruhen bei all' ihrer Mannigfaltigkeit durchweg auf den königsrechtlichen Grundlagen.

Geschichtlich von der grössten Bedeutung ist die Fronung, so weit sie uns als main assise entgegentritt. Auf Grund der richterlichen Ermächtigung begibt sich der Fronbote auf das Grundstück und front es, indem er dasselbe „in die Hand des Königs“ legt.

Le sergent procedant par execution en vertu de iugement ou lettres obligatoires et autentiques contre l'obligé ou condamné, ou contre son heritier, après que lesdicts jugement ou obligation auront esté declairez executoires contre luy, peut saisir et

mettre en la main du Roy les heritages et biens immeubles du debteur[1]).

Se aucun debiteur est condamné ou obligé envers aucun creancier, et le creancier veut contraindre soudit debiteur à le payer, un Sergent ayant commission du Juge, se transporte au domicile dudit debteur, et luy fait commandement de par le Roy, qu'il paye audit creancier la somme par luy deue. Et en ce cas de refus ou delay, ledit Sergent luy fait encore commandement qu'il luy administre de ses biens meubles et de se mettre en diligence d'en trouver; et en deffaut d'iceux prend et met en la main du Roy les heritages dudit debteur ou condamné[2]).

In allen unsern Coutumes kehrt die Auffassung wieder: Durch die Fronung werden die Güter in die Hand des Königs gelegt. Zur Vornahme des Aktes muss der Fronbote sich der Assistenz von Zeugen vergewissern oder es wird verlangt, dass Schöffen mit dem Gerichtsvollzieher auf das Gut gehen.

Les héritages — — soient prins et saisis en la main du roy et ad ce faire il ait deux hommes présens[3]).

Quand aucuns font ratraire héritage par faulte de rente non paiée, il convient mettre la main de justice, en la présence de deux eschevins[4]).

Diese Zeugen sind umso notwendiger, als es sich nur noch um eine blosse Form handelt. Denn dem Besitzer wird durch die Fronung das Recht an seinem Gute nicht genommen. Keineswegs wird der Schuldner aus dem Besitze gewiesen[5]). Dieser Umstand führt zu einer Modifizierung der Fronung und zu dem Verfahren der mise de fait. Die Bannlegung geschieht auf Betreiben des Gläubigers und zu seiner Sicherung. Fiktiv entzieht sie die Liegenschaft dem Schuldner. Da mag es denn, vielleicht in leiser Anlehnung an die Investiturformen, naheliegend erschienen sein, den betreibenden Gläubiger,

[1]) Amiens art. 254.

[2]) Boullenois, Usages et Stil art. XV, S. 42.

[3]) Vimeu, Cout. loc. d'Amiens art. 22. Bouthors I S. 369. Amiens 1507 art. 46, l. c. S. 91.

[4]) Montreuil art. 9 l. c. II 666.

[5]) Plank, Gerichtsverfahren II 254.

wiederum fiktiv, in das Gut einzusetzen. Ganz besonders das Beiwohnen des letzteren an der Fronung mag dieser Form gerufen haben, bei welcher denn auch notwendigerweise vorausgesetzt wird, dass er sich mit auf das Grundstück begebe.

— — le debiteur n'a aucun biens moeubles pour satisfaire au deu, la justice dudit Pays ordonne au demandeur de prendre l'amman ou escoutheteur auquel la congnoissance appartient, avœux cinq eschevins de la loy dudit Pays, lesquels officiers et eschevins, par serment, prisent, à requeste de partie, les héritages cottiers du débiteur; lesquelz héritaiges ils baillent au créditeur, selon la prisie par eux fait, pour satisfaire à son deu; lequel créditeur est submis ce prendre et recepvoir [1]).

Hier besteht freilich die prisie in dem wirklichen Entzug der Gewere nnd in der realen Einsetzung des Gläubigers. Davon ist aber regelmässig keine Rede. Die meisten Rechte kennen die mise de fait nur noch als eine oeuvre de loi d. h. als eine Form des nantissement in dem weiten Sinn, in welchem dieser Terminus zur Charakterisierung unserer Länder benützt wird. Sie ist also nur noch ein Symbol, eine Zeremonie:

La presence du prévôt, de son lieutenant ou d'un sergent, est nécessaire dans la mise aux biens qui doit être faite pardevant quatre échevins; parce que c'est une oeuvre de loi dont l'opération consiste, à mettre le créancier saisissant on son procureur special dans les biens et effets saisis, non pas réellement, mais par fiction, laquelle néanmoins a autant d'effet, qne si le creancier y étoit mis réellement [2]).

Wie die main assise, so geht auch die mise de fait vor Zeugen vor sich [3]). In Hinsicht auf beide ist für die Gestattung grundsätzlich nur das königliche Gericht oder der königliche Statthalter zuständig.

---

[1]) Montreuil art. 10. Cont. loc. d'Amiens II 688.

[2]) Pathou zu tit. VIII art. 9 no. 5; vergl. Tournai ch. 1 art. 1: Par coutume, Mise de fait ne dépossède personne — —

[3]) Bei Gefahr der Nichtigkeit des Aktes, der Schadenersatzpflicht und der Bussfälligkeit für den Fronboten. Placard von 1531, tit 2. cit. Merlin, Mise de fait S. 302.

Commission de Mise de fait se décerne seulement par notre gouverneur de Lille ou son lieutenant[1]).

Commission de main assise se décerne seulement dudit gouverneur de Douai ou son lieutenant[2]).

Main assise et mise de fait — — décret sur ce obtenu en cour royale[3]).

Diese Zuständigkeit allein ist sachgemäss. Sie ergibt sich aus der historischen Bedeutung dieser Fronungsmodalitäten. Denn sie beide gipfeln im Erlass des Königsbannes. Daraus erklären denn auch die Autoren logischerweise die besagte Regelung der Kompetenzfrage:

main assise et mise de fait, c'est mettre et asseoir la main du Roi sur un immeuble par un Sergent, en vertu de commission du Juge Royal[4]) l'effet de la main-mise étant de mettre les biens saisis entre les mains du roi, nul autre que la cour et les juges royaux, par leur institution, ne sont compétens d'accorder des Mains-mises[5]).

Es erscheint deshalb als, übrigens nachweislich, späte Neuerung, die mit der naturnotwendig erfolgenden Verdunklung der alten Vorstellungen und mit der gerade in unsern Gebieten bedeutenden Machtfülle der Seigneurs zusammenhängt, wenn sich auch die grundherrlichen Gerichte für berechtigt halten, eine mise de fait zu verhängen. Es blieb dies denn auch streitig bis zuletzt[6]).

Die gefronte Liegenschaft wird wohl als solche kenntlich gemacht durch Zettelanschlag[7]) und durch Aufpflanzen eines Strohwisches oder eines Banners[8]). Oder es wird gar vom Fronboten verlangt, dass er Partikelchen des gefronten Vermögensobjektes loslöse, beispielsweise ein Rasenstück aushebe und zu Gericht trage.

Mais il est nécessaire, en matière de mise de fait, que

---

[1]) Châtelline de Lille tit. 19. art. 1.

[2]) Douai chap. 27, art. 1.

[3]) Boullenois art. 115.

[4]) Com. zu art. 115 cit.

[5]) Dubois d'Hermanville cit. Merlin no. main-assise S. 613.

[6]) Vergl. darüber ausführlich Merlin l. c.

[7]) Maillard zu art. 71 no. 46.

[8]) Bouillenois II S. 378; vergl. Franken S. 32.

l'huissier, dans son exploit rapporte au moins deux aboutissans de chaque partie de biens qu'il a saisie ou appréhendée, sans quoi il ne seroit pas possible de les reconnoître et d'identifer et il a été jugé — qu'une saisie par plainte à loi étoit nulle, parcequ'on n'avoit point rapporté dans la saisie réelle, deux aboutissans de l'héritage[1])."

In dieser Stelle begegnen wir einer neuen Form des Güterarrestes, der Plainte à loi. Wir begegnen diesem merkwürdigen Verfahren nur in der Châtellenie de Lille, also im Bereich einer grundherrlichen Gerichtsbarkeit. Der Gläubiger wendet sich mit seinem Begehren an den Seigneur oder an den Vogt oder auch nur an den Sergent, den Gerichtsdiener: se fonder en Plainte verbale. Die dergestalt angegangene Gerichtsperson wendet sich mit einem Gesuch an das Gericht. Dieses gibt darauf dem Gesuchsteller den Auftrag, vorläufig, wie die Quellen sagen, „wörtlich", verbalement die Vermögensobjekte, welche die Plainte bezeichnet, in die Hand des Gerichts zu legen. Der durch den Gläubiger angegangene Gesuchsteller (semonceur), also der Seigneur, der Vogt oder der Gerichtsbote vollzieht diese vorläufige Arrestierung und lässt dem Schuldner eine Vorladung vor Gericht zukommen. Daraufhin erklärt das Gericht, dass das Getane bis auf weiteres genüge[2]) und die Güter „in hinreichender Weise", suffisamment in die Hand des Gerichtes gelegt seien. Innerhalb der nächsten

[1]) Pathou zu art. II tit. XII no. 8. Bd. II S. 495.

[2]) tit. 21, art. 4. Par l'usage, pour deuement soy fonder en plainte, est requis qu'icelle soit faite pardevant le seigneur, bailly ou lieutenant, trois hommes de fiefs, trois juges ou quatre eschevins du moins, sur laquelle plainte, ledit seignenr, son bailly ou lieutenant doit à l'enseignement desdits hommes de fiefs, eschevins ou juges, icenx sur ce semoncés prendre et mettre en la main de justice verballement tons les biens, meubles et immeubles, sur lesquels ledit plaintissant fait plainte: en faisant deffence à tous de nou emporter ne transporter lesdits biens jus du lieu, à peril d'encourir l'amende — — et de reparer le lieu, et assigner jour aux parties en especial et à tous autres en general, au jour de plaids ordinaires de ladite plainte en quinze jours, et sur a semoncer et conjurer de loy lesdits hommes de fiefs, eschevins ou juges, lesquels à ladite semonce doivent respondre que ledit bailly a pris et mis si suffisament en ladite main de Justice lesdits biens, qu'il pent et doit suffire à loy, pourveu que e surplus se parfasse en temps et en lieu.

sieben Tage erfolgt die vue et montrée. Der Gläubiger geht mit dem Grundherrn oder dessen Vogt oder dem Sergent, begleitet von zwei Dingleuten oder Schöffen, auf das Gut und bezeichnet hier die zu pfändenden Objekte. Der officier semonceur (Seigneur, Vogt, Gerichtsdiener) pfändet sie, en prenant et mettant en la main de justice effectuellement iceux biens. In Tat und Wahrheit sind sie nunmehr in der Hand des Gerichtes. Und wiederum bedarf es der Anzeige an den Schuldner und des Aufgebotes vor Gericht. Ebenso werden in genereller Weise die Interessenten geladen[1]). Bei Nichterscheinen wird nicht weniger als viermal, jedesmal unter neuer Fristansetzung geladen[2]). Endlich erfolgt nach Anhören der Parteien das décrètement der Plainte à loi.

Auch dieses Verfahren lehnt sich an das königsrechtliche Bannverfahren an. Die Ausgestaltung im einzelnen weist vielfach darauf hin. Was aber das soeben genannte décrètement anlangt, so entspricht auch dieses der allgemeinen Regelung bei mise de fait oder main assise[3]). Es besteht in dem die Fronung bestätigenden Gerichtsentscheid[4]). Diesem kommt zunächst die Bedeutung zu, dass die Forderung des Gläubigers von Gerichtswegen anerkannt wird. Dann macht er auch die Fronung zu einer unanfechtbaren und vollwirksamen[5]).

Cette Sentence est de tel effet, que lorsqu'elle est obtenue, l'Impetrant a ypotéque, a droit réel, du jour du Procès verbal

---

[1]) art. 5. Après laquelle plainte faite, est requis faire saisir les biens, en faisant par ledit plaintissant on procureur pour luy, veuë et ostention d'iceux, en dedans sept jours et sept nuicts du jour de ladite plainte par ledit seigneur, bailly ou lieutenant, ou sergeant en la presence et pour ayde de loy de deux desdits hommes de fiefs, juges ou eschevins du moins, en prenant et mettant en la main de justice effectuellement iceux biens, en faisant semblables deffences et adjournemens que dessus, et sceute desdites saisines, deffences et adjournemens à la personne contre laquelle l'on fait la plainte à loy.

[2]) art. 6. les heures de premier, second, tiers et quatriesme jour.

[3]) Vergl. Artois art. 71.

[4]) Une Sentence, qui déclare que l'Impétrant a en droit, a eu raison de se faire mettre de fait, en la possession de l'héritage. Maillard zu art 71 no. 51.

[5]) Le décret est nécessaire pour acquérir hypothèque, mais il a un effet rétroactif au jour de la saisie réelle.

de la Mise de fait, de la prise de possession; de sorte que le decret se rétrotrait à l'apprehension[1]).

Endlich sind noch Clain und arrêt zu nennen. Im wesentlichen kommt ihnen dieselbe Bedeutung zu wie den schon besprochenen Formen[2]). Auch sie sind, wie schon der Name sagt, ein Arrest, ein Kummer, eine Sperre, ein Verbot. Das Gericht verfügt sie und vollzieht sie auch, oder, soweit sie unter bestimmten Voraussetzungen der Gläubiger selbst vollzieht, assistiert sie doch. Freilich bedarf es nicht eines Gerichtsschlusses, sondern nur der formlosen Erlaubnis zweier Richter[3]). Dabei ist von der grössten praktischen Bedeutung der Clain gegen Forensen. Gegen solche bedarf es nur der Mitwirkung des Büttels[4]). Soll das Verfahren jedoch gegen Bürger gehen, dann bedarf es erst noch eines abandon[5]), eines Bannes. Der Bürger und seine Güter werden dem Zugriff in Höhe einer geltendzumachenden Forderung preisgegeben.

On ne peut saisir, n'empescher par clain les biens d'un bourgeois — —, si premierement eux et leurs biens ne sont démenez de forain et abandonnez par la loy de ladite Ville[6]).

Das Verfahren bedeutet, so weit es gegen Vermögensobjekte gerichtet ist, wie gesagt, eine Arrestierung derselben. Es besteht also wiederum darin, dass der Fronbote die Hand des Gerichts auf die Güter legt.

La saise consiste dans la main de justice, que le Sergent met et appose, après avoir obtenu mot de loi, sur les biens — qu'il vent saisir[7]).

Es gilt also auch hier, was früher schon bemerkt wurde, der Schuldner wird nicht depossediert[8]).

[1]) Maillart l. c. no 52, so dass, wer die ältere mise de fait aufweist, vorgeht, auch wenn das décrètement des jüngeren Gläubigers zuerst erteilt wurde; no. 53.

[2]) Vergl. Cambresis S. 417; Ville et Escheviuage de Lille tit. VII Band II S. 174 und S. 207.

[3]) Lille l. c. tit. VIII, art. VI no. 13. Cambresis a. a. o.

[4]) Lille tit. VIII art. 12 no 1 u. 2, Bd. II, S. 222. Cambresis S. 418.

[5]) Vergl. Franken S. 32.

[6]) Lille tit. VIII, art. 14. Chisoing, Cont. loc. art. 2. Es wird freilich auf diesen Bann noch zurückzukommen sein. Vergl. die belgischen Rechte unten im Anhang Kap. 4 sub I.

[7]) Lille l. c. art. 12. no. 2.

[8]) Vergl. Lille tit. XII. art 7. no. 2.

b. Wirkungen der Bannlegung. Dass aber all die dargestellten Formen auf denselben historischen Ausgangspunkt zurückzuführen und einheitlich zu erklären sind, geht vor allem aus den im Wesentlichen identischen Wirkungen dieser verschiedenen Verfahren hervor. Sie alle entziehen dem Schuldner die Veräusserungsbefugnis, bedeuten ein Verbot der Veräusserung [1]).

Dans toutes espèces de saisies, il n'est point permis au débiteur de vendre, aliéner ou transporter les biens saisis [2]) — parceque dans l'une comme dans l'autre, la main de justice est apposée sur les biens — saisis et que l'effet de cette main de justice est d'empêcher toutes aliénations [3]).

Dementsprechend wird diese Sperre häufig als „empeschement" bezeichnet [4]). Um ihre Wirkung zu sichern, ist die Mitteilung an den Grundherrn unerlässlich. Er soll von der Fronung in Kenntnis gesetzt werden, damit er in Bezug auf das gefronte Gut keine Investitur vornimmt, sei es zu Eigentum, sei es zu Pfandrecht, ausser unter Wahrung des in der Fronung geltend gemachten Gläubigerrechtes [5]). Denn darin liegt augenscheinlich der Zweck der zunächst nur provisorischen und formalen Aberkennung des Gutes: Es soll keine künftige Handlung des Schuldners, des Grundherrn, des Gerichts oder eines dritten Gläubigers demjenigen mehr schaden, zu dessen Gunsten die Fronung ausgesprochen wurde. Dergestalt ergibt sich in natürlicher Weise das Vorzugsrecht der ersten Besatzung [6]).

---

[1]) Vergl. Plank 254, v. Meibom S. 104.

[2]) Pathou zu tit. VIII, art. 12 no. 14.

[3]) l. c. zu tit. VIII art. II Gl 2 no. 6.

[4]) Pathou S. 206, oder als défense, Lille tit 21 art. 4 cit. Amiens art. 254.

[5]) — — doibt signifier ladite saisie aux seigneurs dont lesdictes heritage sont tenus, ou à leurs officiers, leur faisant defences de recenoir dessaisine on bailler saisine à autruy d'iceux horitages, que ce ne soit à la charge de la somme pour laquelle se fait ladite execution lesquelles defences ledit sergent doibt fairo enregistrer.

[6]) Buridan zu art. 180 no. 3. Pathou zu art. 12 tit. VIII no. 3 f. Bei der plainte à loi sollte nach der einen Meinung schon die verbale Pfändung das Vorzugsrecht geben, parceque dès-lors, les biens du débiteur étoient mis, du moins figurativement, sous la main de justice. Nach der richtigen Auffassung entscheidet die plainte réelle. l. c. no 5.

Le premier clamant sur les biens d'un detteur est preferé aux autres posterieurs clamants [1]).

Arrest engendre oppignoration et donne preference contre tous autres crediteurs non privilegiez, n'est qu'au temps d'iceluy arrest le debiteur soit insolvent et en deconfiture, auquel cas lesdits crediteurs viendront au marcq la livre sur les biens arrestez [2]).

Doch die Quellen fassen diese Rechtsfolgen in einen Ausdruck zusammen: Die Königliche main assise und die mise de fait, die Plainte à loi und die clains, sie alle führen zu empeschement und préférence, zu einem executiven Pfandrecht, zur — Hypothek.

Plaintes, saisines et mises de fait créent hypotheques et non autres [3]) — hypothèque est créée à la conservation et sûreté du prétendu et contenu ésdites Plaintes, dès l'instant de ladite saisine, pourvu que sentence s'en ensuive au profit du plaintissant [4]).

Toutes personnes, pour avoir payement de leurs deus, peuvent clamer — — et faire saisir les biens, maisons, terres — — de leurs debteurs — —: les quels clains et saisines créent hypotheque sur la chose saisie dés l'instant de ladite saisine [5]).

Mises de fait deuement faites et décrétées, pour sureté d'aucunes choses, en pendrent et créent hypothecque dès l'instant de la main mise [6]).

c. Das Befriedigungs-(Realisierungs-)verfahren. In verschiedener Art und Weise und unter teilweise von einander abweichenden Voraussetzungen vollzieht sich die Arrestierung haftender Güter. Immer aber handelt es sich um eine Bannlegung. Deshalb ist denn auch der durch die Fronung geschaffene Pendenzzustand überall der nämliche. Aber noch mehr. Wie das Provisorium, so ist auch die bei andauernder

[1]) Cambresis art. 39 tit. 25.

[2]) Gorgue Rub. III art. 22, Seclin art. 13.

[3]) C. d'Haubourdin (Lille) art. XII, vergl. Buridan l. c.

[4]) Lille tit 21. art. 2.

[5]) Lille tit. Seclin art. 11, VIII, art. 6

[6]) Die mise de fait gibt also das Datum, doch ist nachfolgendes décrètement nötig. Lille tit. 12 art. 4 und dazu Pathou no 6.

Nichtbefriedigung des Gläubigers nötig werdende Lösung dieses Provisoriums und dessen Überführung in eine definitive neue Rechtslage[1]) in streng einheitlicher Weise geregelt. Die Güter sind in die Hand des Gerichts gelegt und dieses lässt ihnen, soweit nicht besondere Umstände ein anderes gebieten, grundsätzlich die gleiche Behaudlung widerfahren[2]). Und zwar ist diese Behandlung in den verschiedenen Coutumes eine ziemlich übereinstimmende und den Anforderungen einer höheren wirtschaftlichen Entwicklnng entsprechende.

Nur vereinzelt begegnet man noch in dem einen oder andern Weistum der Übereignung. Der Gläubiger wird in das gefronte Gut eingewiesen. Daraufhin erfolgen drei Aufgebote von vierzehn zu vierzehn Tagen. Während dieser Zeit können der Schuldner und die am Gute Retraktberechtigten die Schuld tilgen und so das Gut lösen, „zurückkaufen". Geschieht dies nicht, so erhält der Gläubiger unanfechtbare Eigengewere. Der Ansatz einer Fortentwickelung ist darin zu erblicken, dass das Erbe vom Schultheis und fünf Schöffen geschätzt wird[3]). Augenscheinlich wird ein Ausgleich gesucht zwischen der Forderung des Gläubigers und dem ökonomischen Ergebnis des Verfahrens.

Fast durchweg ist denn anch ein Verfahren zur Anerkennung gelangt, das das genannte Gleichgewicht herzustellen

---

[1]) Im Gegensatz zum vertraglichen Pfand muss das exekutive in einer kurzen, gesetzlich festgelegten Zeit realisiert werden: Artois in einem Jahr, Maillard zu art. 190 no. 47 S. 952, Rheims in drei Jahren Buridan zu art. 180 S. 343 f. Doch zeigen die Ausführungon oin starkes Schwanken nnd es wird dem Autor nicht leicht, die saisie in der Exekution anders zu behandeln als die formale Konstituierung einer vertraglichen Hypothek. Warnm soll das exekutive Pfand nicht derselben Verjährung unterliegen wie das conventionale? Die Gründe, aus denen schliesslich einer unterschiedlichen Behandlung das Wort geliehen wird, sind wesentlich formaler Natur.

[2]) Lille tit. XIII, art. 7. no. 1f. art. 4 Gl. 1 no. 1f.

[3]) Vergl. unten S. 334 l'officier fait trois criées — pendant lesquelles le débiteur poeult rachetter sondit héritaige, en payant comptant la somme pour quoy il a esté prisie et tous loyaulx coustemens, et semblablement le prosme d'icelluy à qui c'estoit ledit héritaiges; mais lesdits cryées faites et passées, le dit debiteur et prosmes en sont forclos et déboutez, et en poeult chelluy à quy il a esté baillé par prisie, joyr héritablement et à tousjours, et n'y a aproz aucune proximité.

geeignet ist. Nach den criées erfolgt keine Übereignung, sondern ein Verkauf par décret d. h. unter gerichtlicher Leitung und gerichtlichem Friedewirken und eine Verteilung des Erlöses nach dem Ordre, nach dem Kollokationsplan [1]).

Der Fronbote lässt die Liegenschaft durch vereidigte Sachverständige schätzen [2]) und lässt öffentlich bekannt gehen, dass dieselbe an einem bestimmten Tage zum Verkauf angesetzt werde. Dies geschieht durch die mise à prix. Regelmässig wird sie bereits als Verkauf, als vente bezeichnet, was wohl auf eine früher übliche, schon an diesem Tage erfolgende provisorische Übereignung an den Erwerber schliessen lässt. In der Tat besteht die mise à prix darin, dass an dem angesetzten Tage sich ein Kauflustiger findet, der ein Angebot macht und einen Gottespfennig, der für die Armen bestimmt ist, verspricht und dass der Gerichtsvollzieher unter ausdrücklicher Zustimmung der Schöffen, das Angebot annimmt. Wird kein Angebot gemacht oder wird es nicht angenommen, so erfolgt eine neue mise à prix und es ist schlechterdings erforderlich, dass ihr eine neue öffentliche Bekanntmachung vorausgehe. Nach erfolgreicher Durchführung dieses Scheinverkaufes finden die Criées, die Aufgebote statt, je von vierzehn zu vierzehn Tagen, vier an der Zahl Sonntags nach dem Gottesdienst vor der Kirche, und vier am Markttage auf dem Markte. Dann wird zum öffentlichen Verkaufe geschritten. Durchwegs findet er statt unter Abbrennen einer Kerze. Bis zu ihrem Erlöschen werden Angebote entgegengenommen. Diese Angebote heissen enchères oder haulces, aber auch palmées — in welch letztern wir die letzte rechtlich bedeutsame Anwendung des alten Handschlages erkennen. Der Steigerer ist durch den Handschlag an sein Angebot gebunden bis er überboten wird. Dem vor dem Erlöschen der Kerze Letzt- und Meistbietenden soll die Liegenschaft verliehen. Indessen erfolgt das décret erst am nächsten Tage. Bis dahin kann der Schuldner immer noch den Gläubiger befriedigen und dadurch das Verfahren rückgängig machen. Bis dahin werden aber vielerorts auch noch

[1]) Lille tit. XIII, art. 1 f. insb. art. 4. Gouvernance et Bailliage tit. XXIII. art. 1 f. insb. art. 8 f. Cambresis tit. XX, art. 8 und XXV, 16.

[2]) Lille tit. XIII art. 4. Gl. 1 no. 4. Viele Rechte kennen indessen diese Schätzung nicht mehr.

neue Angebote entgegengenommen. Dann aber werden die definitive Adjudikation und das décret erlassen: der richterliche Zuspruch und das Friedewirken.

Binnen kürzester Frist hat der Erwerber den Kaufpreis auszuzahlen. Dieser wird an die Gläubiger verteilt gemäss dem Verteilungsplan der auf Grund der Anmeldungen, der oppositions, wie sie die Interessenten während des Verfahrens gemacht hatten, hergestellt wird. Die Fristen für die Anmeldungen sind häufig etwas weiter hinausgezogen als im gemeinen französischen Recht. Übereinstimmend aber hat das Dekret purgative Wirkung. Es wird denn auch das décret volontaire anerkannt. Doch kommt ihm naturgemäss nur eine untergeordnete Bedeutung zu[1]).

Weicht schon das dargestellte Verfahren wenigstens seinen Grundgedanken nach nicht allzusehr von demjenigen ab, wie es im übrigen Frankreich geübt wurde, so ist die Übereinstimmung mit diesem letztern in den südlichen Gebieten der pays de nantissement eine vollständige. Denn auch sie stehen unter dem Edikt von 1551, welches das Zwangsverfahren in die Immobilien einheitlich regelte.

Hier bedarf es denn zu der definitiven Übertragung keiner weiteren Formalitäten mehr. Hingegen ist es in den nördlichen Provinzen teils streitig, ob das Dekret genüge, teils zweifellos feststehend, dass es nicht geeignet ist, den Erwerber sicher zu stellen, sodass dieser noch eine Auflassung bewirken muss. Es gibt auch hier Rechte, wo durch das Dekret schlechthin das Eigentum übertragen wird[2]). Mehrheitlich stehen aber die Rechte auf dem Standpunkt, dass zwar durch das Dekret der Schuldner entsetzt wird, dass sich die Wirkung aber auch darauf beschränkt[3]).

---

[1]) Dans la Flandre flamande, on ne pratique que peu ou point, de purger les héritages vendus; parceque toutes les hypothèques sont nulles et de nul effet, si elles ne se trouvent point enrégistrées au greffe des lieux ou des seigneurs d'où les biens relèvent immédiatement; les acheteurs peuvent y avoir recours pour leur sûreté. Lille tit XIII, art. 1, Gl. 1 no. 8.

[2]) Gand, tit. IV, art. 7. Hainaut, cit. Lille tit. XIII, art. 10 no. 3 und Merlin no décret d'immeubles § III no. 3 S. 356 f.

[3]) So auch die ältern südlichen Rechte. Vermandois 1448 no. 95.

Un décret adjugé est équipollé à desheritement[1]). Infolgedessen ist es nötig, dass der Erwerber die Investitur, die adhéritance nachsucht.

Par ladite adjudication de decret l'acheteur ou dernier rencherisseur n'est reputé saisi ny héritier[2]) des fiefs, maisons et heritages: tant et jusques à ce que la possession luy a esté baillée par la loy et justice du seigneur dont ils sont tenus[3]).

Dieser Akt der Investitur vollzieht sich ohne Beteiligung des bisherigen Eigentümers. Auf Begehren des Erwerbers werden ihm die lettres de décret ausgestellt und zugleich erlässt der Gerichtsvollzieher[4]) auf Grund gerichtlicher Ermächtigung eine Aufforderung an die kompetente Behörde, den Käufer in das Grundstück einzusetzen.

d. Die haftungsrechtliche Bedeutung der Immobiliarexekution. Nicht nur das Verfahren der Zwangsvollstreckung, wie es die pays de nantissement kennen, zeigt uns weite historische Zusammenhänge, zeitlich der Gegenwart nahe gerückt, in hellem Lichte, sondern ebenso sehr ermöglicht auch ein Blick auf die zivilrechtlichen Grundlagen dieses Verfahrens wertvolle Rückschlüsse auf einstmals allgemeine Rechtsanschauungen. Welches ist die Stellung dieser soeben dargestellten Immobiliarexekution im Rahmen des zivilen Haftungsrechtes?

Viele Rechte kennen eine gesetzliche Haftung der Person des Schuldners und eine gleichzeitig gegebene allgemeine Vermögenshaftung. Mit dieser ist also ohne weiteres auch die Möglichkeit gegeben, nötigenfalls auf das schuldnerische

[1]) Vergl. oben N. 1 no. Lille tit. XIII, art. 10, Salle de Lille tit. XXIII, art. 13.

[2]) Héritier ist in unsern Quellen regelmässig der Eigentümer genannt. Vergl. Merlin no. Main-mise S. 616.

[3]) La salle de Lille tit. XXIII art. 14.

[4]) Es fehlt nicht an Rechten, welche nicht nur die adhéritance verlangen, sondern auch vorschreiben, dass vor Erlass des Dekrets die déshéritance stattzufinden habe. Doch wird bei dieser Entsetzung die Mitwirkung des bisherigen Eigentümers nicht vorgesehen. Vielmehr kann ihn der Gerichtsvollzieher von Gesetzeswegen ersetzen. Lille tit. XIII, art. 10 no. 7. L'huissier y est autorisé à faire la déshéritance au nom du propriétaire sur qui l'on a vendu.

Immobiliarvermögen zu greifen. Nur die Reihenfolge des Zugriffes auf die verschiedenen Haftungsobjekte regeln die hierher gehörigen Rechte unter sich ungleich.

Nach den einen soll der Gläubiger nach seinem Belieben auf die Güter oder auf den Körper des Schuldners greifen können[1]), wozu sogleich zu bemerken ist, dass die Personalhaftung und die Personalexekution in unsern Rechten von der allergrössten Bedeutung ist und in reichstem Masse zur Anwendung gelangt[2]). Jedoch ist nach vielen Rechten die Vermögenshaftung in den Vordergrund gedrängt. Der Gläubiger soll sich zunächst an das Vermögen halten und in Bezug auf dieses werden die Mobilien als erstes Angriffsobjekt bezeichnet. Erst bei Unzulänglichkeit der Fahrhabe und der Grundstücke soll der Schuldner in den Schuldturm gebracht werden.

L'executeur est tenu, en premier lieu, s'adresser aux biens meubles du condamné, par après, faute de biens meubles, aux heritages, et d'en faire vente par décret et éxecution de justice, et en faute de biens meubles et héritages non trouvés, s'adresser au corps du condamné[3]).

Aber es fehlt nicht an Rechten, welche nicht so unbedingt die Vermögenshaftung in den Vordergrund rücken. Allerdings soll zuerst in die Mobilien und erst nachher in die Immobilien exequiert werden. Aber augenscheinlich will diese Bestimmung nur der Stabilität der Grundbesitzverhältnisse dienen. Denn an Stelle der Mobilien kann — so bestimmen manche Coutumes — gar wohl die Person des Schuldners angegriffen werden. Die gesetzlich festgelegte Reihenfolge dient nur dem Schutz der Liegenschaften[4]).

Ganz anders eine weitere Gruppe von Rechten. In allererster Linie steht die Personalexekution. Der Schuldner wird seiner Freiheit beraubt. Erst wenn dieses Vorgehen sich nach einiger Zeit als erfolglos erweist, wird das Verfahren auf

---

[1]) Chisoing, C. loc. von Lille art. 2. So auch das réglement des Parlamentes von Flandern von 1672. Vergl. Merlin no Clain § I S. 367.

[2]) Lille tit. IX, Band II S. 301—351

[3]) Douay chap. XIII, art. 3, Lille XVIII, 3 Salle de Lille 23, 4. Neufville IV.

[4]) Flandern. cit. Merlin, vo Clain § I S. 367.

das Vermögen ausgedehnt[1]), wobei zuerst wiederum nur die Fahrhabe in Betracht fällt.

Manche Coutumes schrecken demnach am meisten vor der Immobiliarexekution zurück. Sie soll nur das letzte refugium sein. Man soll zu ihr nur schreiten se mieulx ne poeut on faire, wenn es sich anders gar nicht machen lässt, wie ein Weistum sich ausdrückt[2]).

Aber einzelne Coutumes gehen in dieser Richtung noch weiter. Der Inhalt der Haftung, soweit sie von Gesetzeswegen eintritt, beschränkt sich auf die Einständerschaft der Person und der Fahrhabe. Um auch die Liegenschaften angreifen zu können, bedarf es eines ausdrücklichen Einbezuges in die Haftung, einer besonderen Obligierung.

L'on peut vendre par decret et execution de la Justice le fond et propriété des maisons et heritages en ladite Ville et Eschevinage en vertu des lettres obligatoires passées pardevant eux, contenans consentement exprès à ces fins ou autrement les profits et revenus de cent ans et un jour en faisant les criées en l'Eglise Paroissiale de la Ville etc.[3]).

— — on ne peut jamais — — parvenir au decret et adjudication du fonds, attendu que, suivant les coutumes et chartes du Hainaut, le fonds de terre ne peut être vendu et passé à un tiers sans le consentement du débiteur, qui en est propriétaire[4]).

Vollstreckung in die Liegenschaften setzt also Zustimmung des Schuldners voraus[5]). Bei solch starrer Auffassung und so zäh beibehaltener Abneigung gegen die Immobiliarexekution musste aber auch die Wirksamkeit des Dekretes im Recht der Eigentumsübertragung eine etwas abweichende Behandlung er-

---

[1]) So um eine ältere Quelle zu nennen, der livre Roisin S. 48 no. VIII., aber auch noch neuere: Commines no. IV.

[2]) Amiens Cout. loc. II S. 503.

[3]) Armentieres art. IX S. 168, vorgl. Cout. loc. d'Erquinghem art. IX. S. 173.

[4]) Vorerwägungen zum Edikt Ludwigs des XIV., von Februar 1692. Merlin vo Main-miso 616.

[5]) Diese ist aber nicht mit den noch zu nennenden Verpfändungsformen zu verwechseln. Hier handelt es sich um die Aufnahme der Grundstücke in die obligation générale, bei jenen Verpfändungsformen aber um die obligation spéciale.

fahren, als wir bis jetzt gesehen. Dies ganze Recht ruht auf den alten Vorstellungen und lebt in den alten Formen. Ihnen muss sich auch die missgünstig behandelte Zwangsveräusserung fügen. So soll denn dem Dekret keineswegs die Wirkung der déshéritance zukommen Vielmehr muss diese durch den Schuldner selbst vorgenommen werden. Erst dann kann überhanpt zum Verkauf par décret geschritten werden. Hier genügt also selbst die spezielle Obligierung nicht Es bedarf erst noch einer symbolischen Besitzränmung von seite des Schuldners, wenn es dem Gläubiger möglich gemacht werden soll, aus dem Kapitalwert der Grundstücke seine Befriedigung zu finden. Das ist der Standpunkt des Rechtes vom Hennegau.

Die gleiche unbefriedigeude Rechtslage führt zu den gleichen Notbehelfen nnd Auswegen. Wie früher besprochene mittelalterliche Rechtsquellen, so sehen auch unsere Coutumes die Vollstreckung in die Nutzung der schuldnerischen Grundstücke vor. Dies hat uns bereits eine der oben zitierten Stellen[1]) verraten. Und die soeben herangezogene[2]) Bestimmung der Chartes générales von Hainaut heisst znm Schluss:

Mais les devront manier annuellement jusques an fournissement de leur traité. Endlich das Recht von Lille[3]):

Lesdits Haut-Justiciers ou Viscontiers, par leurs loix et justices, peuvent faire vendre, crier et soubhaster par decret et execution de jnstice, les profits et revenus de cent ans et un jour des fiefs, et heritages tenus d'eux ou dependans en y gardant et observant les devoirs en tel cas requis: et ne peuvent vendre le fonds et propriété d'iceux fiefs et heritages, n'est qn'à ceste fin ils soient par exprès rapportez et hortigez[4]).

Es war bekanntlich für die mittelalterliche Rechtsentwicklung kein leichtes Problem, Mittel und Wege zu finden, die

[1]) — — sans qu'on puisse jamais décréter les immeubles, à moins que le débiteur ne s'en soit déshérité, etant capable d'aliéner vo Clain § I S 368 bei Merlin und ibid. vo. décret d'immeubles § III S. 356 und vo. main-mise S. 615. Chartes générales chap. 69 art. 20: Les dits sergents ne pourront vendre fiefs, alloets ou mainfermes, s'il n' y a déshéritance préalable par les héritiers à cet effet.

[2]) s. Note 1.

[3]) châtellenie de Lille tit. I, art. 30.

[4]) d. h. déshérité.

in der Immobiliarexekution mit etwelcher Sicherheit zu einem Resultate führten, das in wirtschaftlicher Weise mit den zu Grunde liegenden Schuldverhältnissen harmonierte. Soweit aber die Vollstreckung nur in die Nutzniessung ging, so dass diese auf die Forderung angerechnet wurde, war ein ökonomischer Ausgleich von selbst gegeben. Doch nur sehr ungefähr. Die Abrechnungen werden die schuldnerischen Interessen keineswegs überall gehörig zum Ausdruck gebracht haben. Den Schwierigkeiten, die daraus entstehen, versuchten die Rechte häufig zu entgehen, indem sie in schematischer Weise ein für alle mal die Berechnungsmethode festlegten. Unsere Coutumes gehen einen andern Weg: Es wird die Nutzung einer möglichst langen Zeit an den Meistbietenden verkauft und aus dem Erlös dieses Verkaufes sollen die Gläubiger befriedigt werden. Die Rechte von Lille sehen eine Exekution in die Nutzung von hundert Jahr und ein Tag vor. Das ist eine solch' lange Frist, dass man als die nächste Entwicklungsstufe die Anerkennung der auf das Grundstück selbst gehenden Exekution voraussieht. Dem ist aber nicht so. Die lange Frist rief allerdings vielen Schwierigkeiten und Unannehmlichkeiten. Daher setzte sie ein Placard vom Jahre 1618 herab auf 29 Jahr und ein Tag[1]).

Das Verfahren stimmt im wesentlichen mit dem früher dargestellten überein. Es wird eröffnet durch die main mise, welche der Gerichtsdiener auf Grund richterlicher Erlaubnis vornimmt, indem er sich auf das Grundstück begibt und hier ein Rasenstück aushebt oder einen Halm oder Zweig zu sich nimmt, um sie einem Dritten als „morte-garde“ zu überreichen[2]). Dann erfolgen die mise au prix, die criées, deren es jedoch nur je zwei vor der Kirche und auf dem Markte bedarf, dann der öffentliche Verkauf unter Abbrennen der Kerze und endlich die Adjudikation und das Dekret[3]). — Die Superiorität dieser Exekutionsmodalität vor ältern, in denen ebenfalls nur die Nutzung in Betracht fiel, besteht darin, dass hier mit Leichtigkeit die Interessen einer Mehrheit von Gläubigern gewahrt werden können. Hypothekare melden also ihre Ansprüche an

[1]) tit. I, art. 30 no. 3.
[2]) Chartes générales cit. chap. 69 art. 17.
[3]) Lille tit. XXIII, art. 17, 18 f.

(oppositions) und werden dann vorzugsweise aus dem erzielten Kaufpreis befriedigt: ordre [1]).

Endlich sei erwähnt, dass auch in einigen unserer Coutumes sich die Gebilde einer Übergangsstufe zeigen, wie sie uns aus mittelalterlich deutschen Rechtsquellen bekannt sind: Auf eine bestimmte Zeit — drei Jahre, fünf Jahre — wird das Grundstück nur in Nutzung gegeben und zwar dem Gläubiger selbst. Gelingt es ihm dann nicht auf diesem Wege innerhalb der festgesetzten Frist zur Befriedigung zu kommen, dann wird endlich doch noch zum gerichtlichen Verkauf der Grundstücke geschritten.

Stehen schon die dargestellten Rechte auf einer Stufe der Entwicklung, wie sie anderswo kaum erst im vierzehnten, eher schon im dreizehnten Jahrhundert erreicht war, so fällt uns endlich eine Coutume auf, die haftungsrechtlich einen noch bedeutend älteren Zustand widerzuspiegeln scheint. Das Recht von Cambresis kennt den Clain wie die übrigen hierher gehörigen Coutumes als arrêt, als empêchement. Wie anderswo kann er auch hier ein persönlicher sein. Und hier setzt die Bedeutung unserer Rechtsquelle ein. Die persönliche Haftung — sie wird nicht mehr vertraglich hergestellt — geht auf die Person. Der „Arrest" erfolgt in der Weise, dass auf Grund richterlicher Ermächtigung der Fronbote hingeht und den Schuldner berührt. Diese Berührung unterwirft ihn der Hand des Gerichtes. Der Gerichtsvollzieher meldet die Vornahme dieser Handlung an das Gericht. Dieses erlässt einen Befehl an den Schuldner, innerhalb vierundzwanzig Stunden zu zahlen. Wird diesem Befehl nicht nachgekommen, dann kann dem Schuldner die Freiheit entzogen werden.

On doit s'adresser à Mr. le Prevost, auquel faisant apparoitre la sentence ou titre executoire et luy payant ses droits —

---

[1]) On demande si le créancier qui a acquis hypothèque par mise de fait ou autrement, sur le bien saisi, et dont la jouissance est décrétée — — peut exercer son hypothèque sur les deniers consignés procédans de la vente par décret de cette jouissance et si en l'exerçant, il doit être préféré au créancier saisissant qui a fait décréter. — — L'hypothèque est antérieure à la saisie et — l'hypothèque l'emporteroit sur la saisie, parce qu'elle a précéde et qu'elle affecte tous les fruits qui naissent du fonds, comme le fonds même.

il pourra authoriser ses sergeants pour arrêter sur la rüe touts étrangers, mais seulement pour toucher de prime abord un bourgeois, et en vertu de cet attouchement qui soumet le bourgeois aux mains de la Justice, Mrs. de la chambre sur le rapport du sergeant qui a touché, font par leurs huissiers commandement au débiteur de satisfaire dans 24 heures apres le quel delay on peut aller le faire enlever de sa maison par les sergeants en presence dudit Prevost et de deux Eschevins[1]).

Merkwürdigerweise beschränkt sich die gesetzliche Haftung grundsätzlich auf die Person selbst, soweit sie nicht durch ausdrückliche Einräumung von seiten des Schuldners erweitert wird. Keineswegs ist mit der Haftung der Person auch die Haftung des Vermögens gegeben. Nicht einmal des beweglichen. Die Möglichkeit, in sie exequieren zu können, setzt ihre „Verhypothezierung“, ihre Obligierung voraus und zwar gibt es dazu keinen anderen Weg: es muss ausdrücklich — vor den Richtern — geschehen. Dies Recht kennt eine „obligation par peine servie“. Nach dem Kommentator besteht sie darin, dass für den Fall der Nichtleistung der Obligierte sich und seine Güter bei einer Busse der gerichtlichen Exekution unterwirft. Doch art. XLV sagt von dieser Obligation:

L'execution d'une obligation par peine servie se fait ordinairement en la cité contre manans par apprehension de la personne obligée par peine servie; mais contre forain ou hors de la cité se peut faire tant par apprehension de la personne que des biens meubles — —. So weit also die Bürger in Betracht kommen, wird auch aus einer mit Strafklausel versehenen Obligation ausschliesslich die Person des Obligatus angegriffen. Und der Herausgeber der Coutume gibt die Erklärung[2]):

Il faut encore excepter (sc. von der Zugriffsmöglichkeit) les meubles des bourgeois, qui dans la ville et banlieue ne sont jamais sujets aux executions des saisies et arrêts; si ce n'est par clain de dégagement[3]) pour salaires et journées de domesti-

[1]) Januaux zu tit. XXV, S. 418.
[2]) l. c. S. 476.
[3]) Vergl. S. 422 f.

ques ou artisans, ou lors que le debiteur les a specialement hypotbequez par obligation passée par devant Eschevins ou enfin dans les causes privilegiées des louages, rentes etc.[1]).

In aller Form muss also die Fahrhabe obligiert werden. Sonst bleibt die Haftung auf die Person beschränkt. U. E. führt dies merkwürdige Recht, dem wir eine geradezu typische Bedeutung beimessen möchten, mitten in haftungsrechtliche Probleme hinein, die bis ins germanische Altertum zurückweisen. Hier müssen wir es vorläufig an diesen Hinweisen genug sein lassen.

e) Übergang: Der vorsorgliche Zwang. Es bedarf keines weiteren Beweises, dass das bisher dargestellte Verfahren ein Verfahren der Zwangsvollstreckung ist und dass insbesondere die genannten Formen der Bannlegung der Eröffnung dieses Verfahrens dienen, also wirklich exekutivischer Natur sind. Das ergibt sich aus den herangezogenen Quellen von selbst. Nun kann aber die eine und andere dieser Formen — und darin liegt nach manchen Contumes das einzig Unterscbiedliche derselben[2]) — schon angewendet und deren Verwertung gegen den Schuldner angerufen werden, bevor dem Gläubiger ein exekutorischer Titel zur Seite steht. Nicht einmal der Fälligkeit der Schuld bedarf es. In vorsorglichem Zwang wird zu den Zwecken der Sicherstellung das Gut des Schuldners gefront, besetzt, bekümmert, „arrestiert“[3]). Es ist ja auch naheliegend, den ersten Teil des Vollstreckungsverfahrens, der eben eine Bindung und Festlegung von Vermögensobjekten und deshalb eine Sicherungsmassregel ist, mit seinen Vorteilen zeitlich möglichst weit nach vorne zu verschieben und naheliegend, ihn im Interesse des Gläubigers schon in einem Zeitpunkt zur Anwendung zu bringen, wo an die zwangsweise Realisierung des Gläubigerrechts noch nicht zu denken ist, ja wo vielleicht noch gehofft wird, dass

[1]) Hypothek auf die Immobilien, vergl. art. 20 tit. cit. S. 449.

[2]) Pathou zu tit. VIII, art. 6 Gl. 1 no. 20 f.

[3]) Die gleiche Benennung für diese Sperrung der Güter zwecks zwangsweiser Sicherung und für die exekutive Fronung kennen auch die mittelalterlich deutschen Quellen. v. Meibom S. 103; Plank, Gerichtsverfahren II 384; vergl. folgende Note.

sich diese überhaupt vermeiden lasse[1]). Die Quellen sprechen denn auch in all diesen Fällen vou Besatzung zum Zweck der Sicherung ausdrücklich von prévention, von sûreté (im Gegensatz zu paiement) und von „voye des cautions“[2]). Auch sind sie in der Sache so präzise wie nur möglich:

Il est loisible à toutes personnes pour dettes, censes et redevances de terres ou heritages dont le jour de payement n'est encore venu, sors faire assurer à ses depens par la voye de clain ou arrest[3]).

On ne doute point que pour une dette échue, le créancier ne puisse s'assurer par mise de fait sur les biens de son débiteur, quoi qu'il ne puisse point en exiger caution. Pourquoi ne le pourroit-il point pour nne dette non échue ou conditionelle, sans attendre une juste cause ou un changement dans la fortune du débiteur? La mise de fait pour sûreté n'ôte rien au debiteur; elle ne le dépossède point, elle ne fait qu'assurer son engagement, sans frais ni difficulté. On pourra donc ici, sans nouvelle cause, intenter mise de fait pour sûreté d'une dette non échue ou conditionnelle, sur les biens du débiteur[4]).

Trotz dieses Schutzmittels der zwangsweisen Sicherstellung wird der Gläubiger häufig das Bedürfnis nach weitergehenden Garantien empfinden. Es kommt vor, dass der vorsorgliche Zwang vom Richter erst im Falle einer Gefährdung angeordnet wird. Die Quellen, die wir eben zitiert haben, sprechen freilich nicht von dieser Voraussetzung[5]), auf welchen Umstand noch

[1]) Eine andere Erklärung gibt Plank l. c. S. 387 u. 390. Das hier in Betracht kommende Mittel des vorsorglichen Zwanges soll dem Satzungsrechte entlehnt sein. Diese Ansicht entspricht der Auffassnng, die Plank über das Verhältnis der jüngeren Satzung zum Exekutionsrecht hegt. Vergl. ob. S. 146, 156

[2]) Pinanlt zu Cambresis tit. XXV, art. 56. Merlin vo Clain § I S. 365, 372 f. vo. Main-mise S. 613, vo. Mise de fait § I S. 293.

[3]) Cambresis tit. XXV, art. 56.

[4]) Pathon zn tit. XII, art. 4 no. 13.

[5]) Vergl. jedoch in Bezug auf den Clain im Rechte von Lille Pathon zu tit. VIII, art. 6, Gl. 1 no. 38 f.: ne pourroit-on point saisir par clain pour une dette non échne, en déclarant le débiteur insolvable, ou lorsqu'il est latitant on fugitif? La saisie par clain pourroit être pratiquée dans l'une ou l'autre de ces circonstances, parce qu'il y a du péril dans la demeure. Vergl. Merlin Plainte à loi S. 252.

zurückzukommen sein wird. Aber auch davon abgesehen hat der Gläubiger ein Interesse, von Anfang an über die Haftungsobjekte, die seiner Sicherheit dienen sollen, Klarheit zu haben und dieses Interesse hat schliesslich oft genug auch der Schuldner. Die Sicherung, die der vorsorgliche Gläubiger sich verschafft, muss ihm drückend, ja oft gefährlich sein. Der Schuldner wird deshalb bereit sein, dem Gläubiger von vorneherein die von ihm verlangten Garantien einzuräumen. Auch wenn es dieselben Sicherungsmassnahmen sind, die sich der Gläubiger durch den vorsorglichen Zwang zu verschaffen wüsste, wird er sich dazu herbeilassen. Sogar erst recht! Denn durch die Beredung verliert der Güterarrest vieles von seiner sonstigen Härte. Denn es unterliegt nun der Vereinbarung, den Umfang im allgemeinen und die besonderen Objekte des „Empeschement“ zu bestimmen. Ja es erweist sich der Arrest, der ursprünglich nur in der Form der exekutiven Fronung und nachher — immer noch einseitig — zur zwangsweisen Sicherstellung verwendet wurde, in hohem Masse geeignet zum Mittel der vertraglichen Sicherung der Ansprüche des Gläubigers. Der Schuldner bleibt bei dieser Güterarrestierung in Besitz und Nutzung. Dem Gläubiger wird eine empfindlichere Machtbefugnis nur für den vom Schuldner selbst der blassen Möglichkeit nach gern in Abrede gestellten Fall der Säumnis und der Nichtbefriedigung eingeräumt. Auf diese Weise, die der inneren Wahrscheinlichkeit gewiss nicht entbehrt[1]), gelangen wir zum Begriff der jüngeren Satzung.

[1]) Vielmehr erscheint sie so zwingend, dass wir begreifen, wenn zu einer Zeit, welcher diese geschichtlichen Zusammenhänge nicht mehr bewusst waren, diese Entwicklung sich im Kleinen wiederholt. Man vergleiche folgende interessante Stelle aus den Coutumes notoires (LXII): Toute fois que, aucune Execution est encommenciée sur un obligié et sur ses biens et aucune tierce personne en répond suffisamment, la main garnie en main de Justice, et de ce il appert deuement et suffisamment, en puet proceder sur les biens d'iceluy. ainsi respondant, par voye d'Execution, en son viuant et se perpetue la poursuite de ladite Execution, sur les biens prins et mis en la main de Justice, au viuant dudit respondant: et ainsi en use l'en. Es wird in das Vermögen eines Schuldners exequiert. Nun springt ein Dritter ein, der genügende Sicherheit bietet. Der Gläubiger kann diesen Bürgen annehmen. Er kann dann aber, um den Vorzug der begonnenen Exekution nicht zu verlieren und um sich des Bürgen zu vergewissern,

3. Das Hypothekarrecht. a) Die Form der Pfandrechtsbegründung. Wenn man die jüngere Satzung immer wieder anders, als wir soeben dargelegt, zu fassen versuchte, wenn man gestützt auf Ähnlichkeiten in der Realisierung einer engeren Verwandtschaft mit der älteren Satzung das Wort sprach, und wiederum gestützt auf jene Ähnlichkeiten die vorsorgliche zwangsweise Besatzung nur als eine von Seiten des Gerichts erfolgte Supplierung der konventionellen Satzung betrachten wollte[1], so lag das zu einem nicht zu unterschätzenden Teil daran, dass die Formen der Begründung der Satzung in den Quellen meist so sehr verblasst sind, dass sie für die historische Erkenntnis der Zusammenhänge gar nicht mehr in Betracht kommen können[2]). Darin liegt für diese Fragen die grosse Bedeutung der Coutumes de nantissement, dass sie diese Formen noch treu erhalten haben, dass sie die Pfandrechtsbegründung noch an Akte knüpfen, die ihre geschichtliche Herkunft nicht verleugnen, die vielmehr in ihrer Eigenart die sichersten Schlüsse erlauben auf das Wesen des durch sie begründeten Rechtes und damit auf die genetischen Zusammenhänge, die vom Satzungspfandrecht weit zurückführen bis in die fränkische Periode, bis zum königsrechtlichen Bannverfahren. Nicht dass uns mehr viel zu sagen übrig bleibt. Statt das Satzungsrecht darzustellen, könnten wir uns beinahe begnügen, auf das über die Exekution Gesagte zu verweisen. Aber das ists gerade. Darin liegt die Beweiskraft: Der Parallelismus ist ein vollständiger.

Begründet wird die Hypothek durch main assise.

L'on acquiert droit réel d'ypotéque sur des Héritages, situés en Artois, par la Main-assise. Ce qui se fait en cette manière. Un Créancier, auquel le débiteur a accordé le pouvoir de faire asseoir la Main de Justice sur ses Biens, pour sûreté de sa Créance, obtient une commission du Juge immédiat, ou médiat, selon les

sofort gegen diesen die Exekution beginnen. Er braucht sie nicht durchzuführen. Er soll dauernd die Vorzüge aus der begonnenen, der vorweg genommenen ersten Exekutionshandlung geniessen. Diese Stelle bietet eine genaue Parallele zu dem Hypothekarrecht, wie wir es in den pays de nantissement antreffen.

[1]) Plank l. c. 387, 390.

[2]) Vergl. Plank a. a. O. 342 f., von Meibom 418 f.

cas specifiés ci-dessus, en vertu de laquelle un Sergent asseoit la main du Seigneur immédiat, ou celle du Roi, comme Souverain d'Artois, ou d'autre Justice, le cas y échéant, sous le Ressort médiat de laquelle l'héritage est situé, pour sûreté de la créance: Il assigne le Débiteur et le Seigneur, pour consentir ou debattre la Main-assise et pour ordonner qu'elle tiendra[1]).

Also: Der Schuldner hat dem Gläubiger das Recht eingeräumt, zur Sicherheit für seine Schuld die Hand des Gerichtes auf seine Güter legen zu lassen (Spezialobligation). Auf Grund dieser Erlaubnis bewirkt der Gläubiger einen Gerichtsbefehl. Dieser wird durch den Gerichtsdiener ausgeführt, indem er die Hand des Königs oder die Hand des grundherrlichen Gerichtes auf die Liegenschaft legt — zur Sicherheit für die Schuld. Dann erfolgen die nötigen Aufgebote zum Termin, an welchem die Interessenten widersprechen mögen, ansonst dem Gläubiger Friede gewirkt wird. — Diese Hypothek durch main assise kehrt in allen unsern Rechten wieder[2]). In fast stereotyper Form sehen wir sie überall in Bestimmungen wie etwa der folgenden vorgesehen:

Quand aucun pour seureté de payement — veut acquerir hypotheque et droict réel sur l'heritage de son obligé, est requis qu'il observe l'une des trois voyes cy apres declarées[3]). — La deuxième que le creancier[4]) — — pretendant hypothecque

---

[1]) Maillart. S. 162 no. 11 Artois art. 71.

[2]) Vergl. Cout. loc. d'Amiens I 190, 15, 372, II 55, 601, 498, Lille XX 1 f. Douay chap. 17. Boullonois usages art. XII, S. 41; Boullenois Cout. II S. 149, Amiens 1507 art. 77 f. 1567 art. 140 f.

[3]) Der erste Weg besteht in der Auflassung, vergl. oben S. 315, der dritte in der mise de fait, wovon sogleich zu handeln sein wird.

[4]) Die Stelle heisst hier: le creancier achepteur, donataire ou autre pretendant hypotheque. Also auch der Käufer und der Beschenkte können main assise verlangen. Vergl. Boullenois Bd. II S. 149. Darin wird die main assise den Auflassungsformen ähnlich. Aber es ist notorisch, dass die main assise ihre vorzügliche Bedeutung durchaus im Exekutions- und im Hypothekarrecht hat. Ja es berichten die älteren Autoren, dass sie in der Tat ursprünglich ausschliesslich der Pfandrechtsbegründung gedient habe. La main-assise n'avoit lieu autre que pour faire acquérir ypotéque aux Créanciers des Rentes ou des Droits exigibles lorsqu'ils en avoient stipulé la faculté par leurs titres. art. 71 nennt denn auch unter den verschiedenen Mitteln zum Erwerb der Gewere aus irgend einem Titel, die

par commission de iuge competant face mettre et asseoir la main du Roy ou d'autre justice, sur les heritages de son obligé pour la sureté de sa debte et signifier icelle main mise tant au dit obligé comme aux seigneurs dont lesdicts heritages sont tenus et mouuans, ou à leurs baillif et officiers de iustice. Et faut faire adiourner lesdicts seigneurs et obligé pour voir declarer que la main-mise tiendra etc.[1]).

Wie aber die Exekution nicht nur mit der main assise, sondern auch mit der mise de fait eröffnet werden kann, so gilt dies auch für die Begründung der Hypothek. Und notwendigerweise vollzieht sich die mise de fait wiederum in der Weise, die wir schon kennen gelernt haben.

La troysiesme voye[2]) est que celuy qui veut auoir ladicte hypothecque et droict réel, obtienne commission du bailly d'Amiens, ou d'autre iuge competant et par vertu d'icelle se face mettre de faict ou procureur pour luy és fiefs et heritages sur lesquels il veut auoir sa seureté et droict réel: et face signifier ladicte mise de faict aux proprietaires et possesseurs desdicts heritages et aux seigneurs dont ils sont mouuans et face assigner iour par deuant ledict iuge competant, pour se veoir, tenir et decreter de droicte etc.[3]).

---

main assise nicht. Hingegen erscheint die mise de fait als ein geeignetes Mittel. Auch Merlin nennt die main assise ausschliesslich als Modus der Pfandrechtsbegründung. Dies entspricht denn auch dem Wortlaut der übrigen vorige Seite No. 2 genannten Rechte. Die Erweiterung des Wirkungsbereiches, wie sie die im Text zitierte Stelle vorsieht, ist also nur ein vereinzeltes und spätes Produkt, das den Niedergang kündet. Dass es sich nur um eine abgeleitete Wirkung handelt, zeigt zudem die Stelle selbst, indem sie unmittelbar nach der Nennung des Käufers doch wieder nur von der Hypothek spricht.

[1]) Amiens 142.

[2]) Amiens 144, vergl. vorige Seite Note 3. Boullenois art. 105, Amiens loc. II 601, II 55.

[3]) Im Gegensatz zur main assise findet die mise de fait allgemeine Verwendung auch ausserhalb des Pfandrechts. So wird unterschieden zwischen einer apprehensiven und einer bloss der Sicherung dienenden mise de fait, welch letztere nicht depossedire: m. d. f. pour sûreté ou pour appréhension: La mise de fait pour sûreté donne hypothèque et celle pour appréhension vaut désheritance et adhéritance. Lille tit. XII art. 4 no. 1. Vergl. tit. XIX. Artois art. 71. So ist bei Maillart in der Parallelstelle zu den oben (vorige Seite Note 1) über die main assise wiedergegebenen Aus-

b) Die Wirkungen des Hypothekarrechtes. Schon bei Betrachtung des exekutiven Pfandrechtes haben wir die Wirkungen kennen gelernt. Sie bleiben dieselben auch für das Vertragspfand. Auch dieses ist ein „empeschement“ und eine défence, ein Verbot[1]).

Par la coustume, main assise — crée seureté et hypotheque dés l'instant de la main mise, et ne peuvent les obligez ou reconnoissans deteriorer, ne faire chose au prejudice de la dite hypoteque[2]).

Der Schuldner kann also nicht mehr in einer Weise über das Gut verfügen, die dem Gläubiger Schaden brächte. Das Verbot, als welches die Quellen die Hypothek bezeichnen, ist also wesentlich eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Eigentümers und worauf es vor allem abzielt, ist eine Behinderung der Veräusserung. Dies „Veräusserungsverbot“ ist denn geradezu eine technische Benennung der Hypothek. Aber dasselbe findet seine Stellung bezeichnender Weise durchaus unter den dinglichen Belastungen.

Comme souventes fois advient qu'en la vente ou charge des biens immeubles, les vendeurs récèlent les charges antérieures, servitudes, prohibitions d'aliéner, ou autres charges ou obligations, ausquelles iceux biens se trouvent par après tenus et affectés au grand préjudice des achepteurs — —[3]).

An die Hinfälligkeit der trotz des Verbotes vorgenommenen Veräusserung wird in dieser Stelle nicht gedacht. Auch sonst

führungen, die sich ausschliesslich auf die Hypothek bezogen, in Bezug auf die mise de fait zunächst nur an die „apprehensive“ gedacht, d. h. an diejenige, welche die Gewere überträgt. S. 161 no. 5, vergl. auch S. 493 no. 48. Merlin vo. Mise de fait § I. S. 291: Einweisung des Käufers, des Testamentsvollstreckers, des Legatars, der Frau in das douaire, des Erben in die Succession durch mise de fait. Konstituierung der Hypothek § IV no. 6 S. 309. — Oft werden unterschiedslos die Arten der Pfandrechtsbegründung nebeneinander genannt, die exekutivischen und die vertraglichen: Il faut pour l'hypothèque spéciale avoir recours à sa saisie, mise de fait, rapport d'heritages, et autres voies judiciaires, marquées par nos coutumes. Lille tit. VIII, art. 1, Gl. V, no. 31. Cont. loc. de Lille I S. 191 art. XII.

[1]) Amiens cont. loc. I 372. Boullenois Usages l. c.

[2]) Lille tit. XX, art. 2.

[3]) folgt die Statuierung eines Purgationsverfahrens. Edit perpétuel vom Jahre 1611 art. 36, cit. Lille II S. 513.

wird trotz der genannten Bestimmungen und Bezeichnungen nirgends eine entgegenstehende Veräusserung als nichtig erklärt. Der Standpunkt, den Beaumanoir im mittelalterlichen Recht vertrat, erscheint überwunden. Aber nicht weniger deutlich als etwa bei dem grössten Coutumisten zeigt sich selbst in dieser Überwindung noch der Gang der Entwicklung. In formaljuristisch und ökonomisch gleich haushälterischer Weise ist die Tragweite des Veräusserungsverbotes eingeschränkt in dem Sinne, dass alle nachfolgenden Veräusserungen und Versehenkungen gültig sind — unbeschadet der Rechte des Pfandgläubigers. Er kann also immer noch in die Sache exequieren, genauer nach unseren Rechten: seine Exekution fortsetzen — nach wie vor. Das ist das droit de suite des Hypothekars[1]). Und in gleicher Weise ergibt sich, wie wir schon früher gesehen, aus der Natur der Hypothek als einer Besatzung das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers[2]). Ebenso ist endlich auf das früher Gesagte zu verweisen in Hinsicht auf die bedeutendste Wirkung, die die Hypothek

c) in der Realisierung, im Verwertungsverfahren findet. Dieses Verfahren ist für das Pfandrecht durchaus das oben für die Exekution dargestellte. Die Quellen selbst geben denn auch die Darstellung desselben bald als Modus der Pfandrechtsverwirklichung, bald als exekutives Befriedigungsverfahren[3]).

d) Haftungsrechtliche Bedeutung: Verhältnis zur Vermögenshaftung. Die plainte à loi und der clain sind keine Formen der Begründung eines Vertragspfandes. Schon ihr Name sagt das. Sie bezeichnen die Sperre im Vollstreckungsverfahren, sind Formen wesentlich exekutivischen Charakters. Aber auf dem Gebiet des vorsorglichen Zwanges dienen sie der gesteigerten, besonderen, „speziellen" Sicherung, die der Richter über den Willen des Schuldners hinweg dem Gläubiger zugesteht — auf Objekte, die diesem bisher nur durch die allgemeine Vermögenshaftung unterworfen waren. Demgegenüber dienen die main assise und die mise de fait der Konstituierung auch des Vertragspfandes, des Pfandes, das der

[1]) Vergl. oben S. 202, 221.

[2]) Maillard S. 489 no 6 und Buridan zu art. 176 C. de Rheims S. 335 no 1.

[3]) Vergl. noch Boullenois II S. 375f, Cambresis tit. 25, art. 20 S. 449 f.

Schuldner zugesagt hat. Diese Einräumung wird in den Quellen des öfteren als eine ausdrückliche für die Vornahme der main assise vorausgesetzt und zwar wird durchwegs verlangt, dass sie in öffentlicher Urkunde zum Ausdruck komme.

L'on ne peut proceder par ladite voye de main assise, si ce n'est qu'elle soit accordée par lettres authentiques[1]).

— — est requis que telle main assise soit accordée par lettres obligatoires passées ou reconnues pardevant le gouverneur ou son lieutenant ou auditeur audit Lille, sous scel du souverain bailliage[2]).

Die Gläubiger versäumten nicht, sich diese Zustimmung geben zu lassen. Die Notare mussten sie immer wieder in ihre Formulare aufnehmen: ces Clauses ne sont guère omises dans les Actes des Notaires[3]). Endlich wurden sie fehlenden Falles vom Gericht suppliert. Wenigstens südliche Rechte gelangen in der Tat so weit: Le consentement du debiteur n'est pas requis au nantissement[4]). Die Begründung ist folgende:

Il[5]) (sc. le débiteur) ne peut point empescher que son creancier ne recherche toutes les seurctez que la loy luy donne, pour s'assurer de son deu et a deu sçavoir que lors qu'il s'obligeoit, il obligeoit aussi tous ses biens, suivant la maxime generale de la France, que quiconque s'oblige, oblige le sien, encore que mesme il n'en soit fait aucune mention expresse dans le contrat, cette clause, y'estant toujours sous-entendue, tant à son égard, que pour ses heritiers.

Es wird hier auf einen Grundsatz des gemeinen französischen Rechtes verwiesen. Dieses gewinnt denn auch tatsächlich, vor allem durch den Einfluss der Pariser Gerichtspraxis, mit manchen Institutionen und Prinzipien immer grössere Bedeutung auch im Norden. Es erscheint naheliegend, gerade die in Rede stehende merkwürdige Auffassung, wonach die Konstituierung einer Hypothek der Zustimmung des Schuldners

[1]) Amiens 143.

[2]) Lille tit. XX art. 1 cit. Maillard S. 162 no. 11 cit. S. 490 no. 16.

[3]) Maillard S. 490 no. 11.

[4]) Buridan S. 345, Coutume de Rheims art. 181.

[5]) S'étant reconnu redeuable par le contrat de constitution de rente ou autre contrat; portant obligation pour autre deu.

gar nicht bedarf, solchen von Süden her sich geltend machenden Einflüssen zuzuschreiben. Denn man ist geneigt, die Anschauung, wie sie dieser Regelung zu Grunde liegt, wie ein Fremdkörper im Rahmen des Rechtes nnserer Coutumes zu betrachten.

Aber diese Einflüsse auch in unserer Frage zugegeben — damit geht die Rechnung doch nicht restlos auf. Qui s'oblige, oblige le sien. Dieser Satz statuiert im Süden die allgemeine Vermögenshaftung, und dient in der Zeit, in der wir stehen, bereits dazu, die hypothekarische Vermögenshaftung zu illustrieren. Dabei ist grundsätzlich an die Gesamtheit der schuldnerischen Güter und als naturgemäss an ihre gleiche Behandlnng gedacht. Einen ganz andern Sinn erhält das Wort für die nördlichen Rechte. Es statuiert — soweit es nach dem früher Gesagten überhaupt Geltung hat — auch die Vermögenshaftung, aber einzig und allein in dem Sinn der mittelalterlichen obligatio generalis. Wenn es aber die Unabhängigkeit des Gläubigers, der sich ein Pfandrecht beschaffen will, von der schuldnerischen Einwilligung rechtfertigen soll, erhält es einen andern Sinn und besagt: Die Vermögenshaftung ist ohne weiteres ein Titel zur wirksameren Sachhaftung in der Gestalt der Spezialhypothek. Darin sieht vielleicht unser Rechtsempfinden einen Versuch, die grössten Gegensätze zu überwinden. Aber das gemeine altfranzösische Recht hat sie als solche gar nicht gekannt. Jenes hätte denn anch mit all seinem Einfluss nicht ausgereicht, diese Kluft zu überbrücken, wenn dem nicht Grundanschauungen unserer Rechte selbst mächtig Vorschnb geleistet hätten.

Jetzt erinnern wir uns, dass Coutumes, die von Süden her noch nicht beeinflusst sind, die zwangsweise Besatzung zulassen, ohne sie irgendwie vom Nachweis einer Gefährdung der Ansprüche abhängig zu machen. Vorausgesetzt ist nur die allgemeine Vermögenshaftung. Hier berühren sich unmittelbar die Besatzung zu vorsorglichem Zwang und das „Vertragspfand". Freilich nur uneigentlich kann man noch von vertraglichem Pfand reden. Der Glänbiger hat auf Grund der „persönlichen" d. h. der generellen Obligation einen gesetzlichen Titel, der ihm das Recht auf spezielle, auch gegen Dritte wirkende Sachhaftung einräumt. Er lässt diese herstellen — zur vorsorglichen Sicherung. Und so verschieden das Recht in den pays de nantissement und im übrigen Frank-

reich ist und in seiner Ausgestaltung sein muss — in der Frage nach der grundsätzlichen Behandlung des Verhältnisses von genereller und spezieller, von quasihypothekarischer und realiter hypothekarischer Haftung herrscht der Tendenz nach völlige Übereinstimmung. Der Grund dieser Übereinstimmung liegt darin, dass hier wie dort das Hypothekarrecht sich in engster Anlehnung an das Exekutionsrecht gebildet hat und dieses Ausfluss einer sächlich aufgefassten Haftung ist. Aus der Pfändung das Pfandrecht. Jene aber aus der generellen Vermögenshaftung. In dieser liegt deshalb virtuell die hypothekarische (spezielle) Obligation enthalten.

Es ist von der grössten Wichtigkeit zu sehen, wie selbst die Auffassung in den pays de nantissement auf diese schiefe Bahn gerät. Es bestätigt das wohl die Ansicht, die wir in den vorausgehenden Kapiteln vertreten haben und die dahin geht, dass die haftungsrechtlichen Vorstellungen, die der Hypothek des ancien droit zu Grunde liegen, allem Wesentlichen nach schon in der alten Obligation im Keime gegeben waren. Aber da doch in unsern Coutumes alle äusseren Vorbedingungen eines starken Sachhaftungsrechtes gegeben waren und diese doch nicht vor den gefährlichen grundbegrifflichen Vorstellungen, wie sie uns soeben entgegengetreten, zu schützen vermochten, liefern diese Rechte auch einen eigenartigen Beitrag zur Kritik jener Doktrin, die in der modernen deutschen Hypothek ausschliesslich eine Obligation erblicken möchte.

Endlich sei zur Erhärtung des Gesagten noch auf einige Ausführungen eines alten Autors verwiesen, die in der Tat zeigen, dass der exekutivische Gedanke den das ganze Hypothekarrecht beherrschenden Gesichtspunkt bildete. Wenn, so deduziert der Verfasser, dem Gläubiger ein exekutorischer Titel zur Seite steht, so kann weder der Schuldner noch dessen Erbe verhindern, dass auf Verlangen des Gläubigers, der zu seinem Gelde kommen will, die schuldnerische Liegenschaft gerichtlich verkauft werde. Deshalb kann der Schuldner auch nicht widersprechen, wenn der Gläubiger sich eine Hypothek verschaffen will. Denn er kann nicht gegen seine eigene Obligation handeln. Wenn zur Konstituierung der Hypothek die Vornahme gerichtlicher Akte verlangt wird, so geschieht dies also nicht in Rücksicht auf den Schuldner. Es geschieht dies vielmehr nur in Rücksicht

auf die übrigen Gläubiger, um ihnen gegenüber einen bestimmten Rang, einen Vorrang zu erlangen. Und nochmals in anderer Wendung: le consentement du debiteur n'est pas requis; parce que l'ayant donné une fois, par le moyen de l'obligation qu'il a contractée, par la soubmission qu'il a faite, de l'obligation qu'il a faite de sa personne et de ses biens, en vain luy en demanderoit-on un second. Il ne pourroit pas revoquer ce premier consentement par luy volontairement donné en contractant, au prejudice de son creancier. Und schliesslich: auch für bedingte und noch nicht fällige Ansprüche können die Akte vorgenommen werden, die nötig sind, um Hypothek zu erwerben[1]).

4. Die Mobiliarhypothek. Das Grundpfandrecht der pays de nantissement ist eine Anweisung von Exekutionsobjekten. Durch eine derartige Auffassung erhalten wir aber auch eine sichere Handhabe zur Erklärung einer anderen Erscheinung unserer Quellen, einer Erscheinung, welcher auf anderem Wege wohl überhaupt nicht beizukommen ist. Dadurch wird auch die bisherige Darstellung nicht wenig an Schlüssigkeit gewinnen. Aber auch ohne solche retrospektiven Erwägungen ist das fragliche Rechtsinstitut überaus beachtenswert. Es betrifft die Mobiliarhypothek.

Schon von Meibom hat das Fahrnisvermögen als mögliches Objekt einer jüngeren Satzung bezeichnet. Doch dachte er dabei nur an die Satzung des ganzen Vermögens und diese erschien als etwas Singuläres. Nun aber wissen wir, dass es allerdings im deutschen Recht ein besitzloses Mobiliarpfand gibt. Und zwar in zweifacher Ausgestaltung. Schon die Haftung des beweglichen Vermögens im Rahmen der obligatio generalis bedeutet ein Pfandrecht an der Fahrnis, bedeutet Sachhaftung an beweglicher Habe ohne Tradition. Dazu kommen nun aber die Fälle einer intensiveren Haftung von Fahrnis in der Gestalt der obligatio specialis, in Gestalt der Mobiliarhypothek im engeren Sinn. Die quasihypothekarische Fahrnishaftung ist in ihrer Entstehung nur aus der Eigenart des ältesten Rechtes heraus zu erklären. Hingegen die Spezialsatzung von Mobilien liegt in den Eigentümlichkeiten des Vollstreckungsverfahrens

[1]) Buridan zu C. de Rheims art. 184 S. 355 f.; vergl. Pathou Bd. I tit. V, art. 7. Gl. 15.

begründet. Die Bannlegung des fränkischen Rechtes war ursprünglich ein bannum omnium bonorum. Sie ging auch auf die Fahrhabe. Es wurde, wie von Meibom[1]) mit Recht hervorhebt, durch sie die Mobiliar- und Immobiliarexekution in ein einziges Verfahren zusammengezogen. Wenn nun der Güterarrest, wie wir ihn als ersten Teil der Zwangsvollstreckung in die liegenden Güter in unseren Coutumes kennen gelernt haben, wirklich ein unmittelbarer Abkömmling der fränkischen Fronung ist, wenn also die Anschauung zutrifft, dass in diesen Gebieten das alte Amtsrecht sich durchgesetzt und behauptet habe, dann scheint es von vorneherein schon wahrscheinlich, dass hier auch eine entsprechende Behandlung der Mobilien im Vollstreckungsverfahren statthabe. Dem ist in der Tat so. Durch clain, arrêt, mise de fait, plainte à loi wird in gleicher Weise wie auf die Liegenschaften, so auch auf die Fahrhabe eine Hypothek gelegt.

Ung crédíteur poeult faire claim sur l'héritage de son debteur par le bailly, présens deux eschevins, en cas qu'il n'ait trouvé biens meubles ou catels pour y faire son clain etc.[2]).

L'on peut intempter poursuites . . . par plainte à loy et saisine de biens meubles et immeubles. Par saisine faite (en vertu desdites plaintes) d'iceux biens, meubles ou heritages, hypotecque est créée à la conservation et seureté du pretendu et contenu esdites plaintes dés l'instant de la dite saisine: pourvu que sentence s'en ensuive au profit du plaintissant[3]).

Pour en vertu de commission de mise de fait — — faire créer hypotecque de et sur biens, meubles, fiefs, maisons et héritages, est requis préparativement faire apparoir dudit titre — —[4]).

Tout ce que l'homme peut posséder, acquérir et vendre, est susceptible d'hypothèque. La mise de fait n'est qu'une manière autorisée par la coutume de se procurer une hypothèque, quand on est muni d'un titre; on peut donc saisir par Mise de

---

[1]) S. 76.

[2]) Cout. loc. d'Amiens, Montreuil art. 9, Bd. II S. 666.

[3]) Lille tit XXI, art. 1 und 2.

[4]) Salle de Lille tit XIX, art. 1. Vergl. C. de Seclin art. X f.

fait tout ce qui est dans la possession de son debiteur, soit meubles, soit immeubles[1]).

Diese letztere Erklärung, wonach man natürlicherweise auf alle veräusserlichen Vermögensobjekte des Schuldners Hypothek bestellen könne, entspricht genau der Auffassung, die wir soeben dargelegt haben. Und im übrigen zeigen die Zitate, dass die Hypothek auf die Mobilien durch die gleichen gerichtlichen Handlungen zur Entstehung gelangt, wie diejenige auf die Immobilien. Die Objekte werden in die Hand des Gerichtes gelegt. Dies geschieht bei der Fahrnis durch Berühren.

Il faut que le sergent mette sous la main de justice les meubles et effets qu'on lui indique, ou qu'il les voie; il faut même qu'il les touche[2]).

Doch genügt das Berühren einzelner Fahrhabestücke, um die Universitas, welcher jene angehören, dem Pfandrecht zu unterwerfen. Diese Universitas ist wesentlich durch das örtliche Beisammensein bestimmt. Mobilien, die also nicht in demselben Hause liegen, muss der Gerichtsdiener besonders aufsuchen, wenn sie auch von der Hypothek betroffen sein sollen[3]). Insbesondere genügt eine mise de fait auf die bewegliche Habe in Haus und Hof nicht, um die Herde auf der Weide zu treffen. Der Arrest muss also noch separat auf dieselbe oder wenigstens auf ein Stück Vieh aus ihr bewirkt werden[4]). — Darüber hinaus ist das Verfahren durchaus das nämliche, wie wir es bereits kennen gelernt haben[5]), von der gerichtlichen Ermächtigung des Fronboten an bis zum Aufgebot der Interessenten und dem Friedewirken[6]). Und um gleich eine Bemerkung über die Verwertung beizufügen, so geschieht dieselbe nach viel kürzerer Zeit als wie im Immobiliarverfahren, meist schon nach wenigen Tagen, soweit es sich dabei um ein exekutives Pfandrecht handelt[7]). Ferner ist das Verfahren notwendiger-

[1]) Merlin vo. Mise de fait § II S. 295 f.

[2]) Lille tit. VIII, art. 12 Gl. 1 no. 11.

[3]) Lille l. c.

[4]) Chartes générales cit. tit. 69, art. 13.

[5]) Vergl. Merlin vo. Mise de fait § III 302 f., und Plainte à loi 252 f. Lille tit. XXI, art. 4.

[6]) Vergl. vorige Seite N. 3.

[7]) Lille tit. VIII art. 9. Gl. II no. 1, Merlin main mise S. 615.

weise einfacher und rascher. Immerhin ist der Verkauf durchwegs ein gerichtlicher. Indessen fehlt es nicht an Handlungen, die das Aufgebotsverfahren durch criées darstellen, indem der Verkauf durch Maueranschlag am Kirchenportal rechtzeitig publiziert wird[1]). Ja es kommt vor, dass auch die Mobilien, wie die Liegenschaften unter Abbrennen einer Kerze verkauft werden[2]). Eigentümlich beim Zwangsverfahren in die Liegenschaften ist, dass die mise à prix als Verkauf bezeichnet wird. Es handelt sich dabei um einen Scheinkauf, dessen ungeachtet der Eigentümer das Gut noch bis zum décrètement lösen kann. Offenbar der gleichen Wurzel entspringt eine abweichende Behandlung der Mobilie. Sie wird nach einer wie gesagt kurzen Frist de facto verkauft. Aber der Schuldner behält noch eine zeitlang das Rückkaufsrecht[3]).

Aber die abweichenden natürlichen und rechtlichen Verhältnisse verlangen im einzelnen doch wieder eine andere Behandlung der beweglichen als der unbeweglichen Pfandobjekte. Von grosser Bedeutung sind denn in unseren Rechten für die Mobiliarhypothek die Aufnahme eines Inventars von seiten des Gerichtsdieners und die Bestellung von gardes. Im Hennegau wird sogar verlangt, dass das Inventar in Gegenwart des Gerichtsschreibers und zweier Schöffen aufgenommen werde. Ebenso sind die Hüter unerlässlich[4]). So auch nach folgender Bestimmung:

Si aucuns biens meubles mouvables estoient judiciairement saisis par plainte à loy ou autrement, en la maison et pourpris du debiteur, et fussent après trouvez sans garde ayant pouvoir à ces fins: tels biens sont reputez descalengez et dechargez de la dite saisine: de sorte que si autres faisoient

---

[1]) Réglement des parlement du Flandre vom Jahre 1672 art. 56.

[2]) Cambresis tit. XXV. art. 43. Si les bêtes, ou autres biens meubles du detteur, sur lesquels à la poursuite du creancier arrêt est fait, ou qui sont pris et levés par peine servie, sont biens frayables et perisables: ils se doivent vendre par justice publiquement au plus offrant et dernier rencherissant à l'extinction de la chandelle allumée après le troisième jour passé.

[3]) Reglement cit. art. 69.

[4]) Chartes générales cit. ch. 69 art. 9.

judiciairement par après saisir lesdits biens et à iceux mettre garde ayant pouvoir, servient à preferer[1]).

Doch erscheint hier die Bestellung von gardiens nicht in dem Sinne nötig, dass ohne sie das Pfandrecht nicht bestünde. Vielmehr steht es in der Wahl des Gläubigers, solche zu beschaffen oder nicht[2]). Aber im Unterlassungsfall ist sein Recht viel weniger wirksam. So ist die letzt zitierte Stelle nur dahin aufzufassen, dass ein nachfolgender Gläubiger, der sich zur Bestellung von Hütern herbeilässt, dem älteren Gläubiger vorgeht, der dies unterlassen hat. Leidet aber auch die zweite Saisie an dieser Unterlassung, dann behält der vorgehende Gläubiger sein volles Recht[3]).

Damit gelangen wir zur Frage nach den Wirkungen dieses Pfandrechtes. Dieses gibt in vielen Rechten keineswegs ein Veräusserungsverbot oder eine Wirkung gegen Dritte. Vielmehr wird ausdrücklich konstatiert: Biens meubles n'ont point de suite d'hypotheque contre un tiers autre que le deteur[4]). Die Wirkung der Hypothek besteht hier also ausschliesslich in dem Vorzugsrecht, das sie dem Gläubiger auf den Erlös aus dem schuldnerischen Mobiliarvermögen gibt[5]). Da dieses letztere schon de lege generaliter haftet, bedeutet also dies Vorzugsrecht die mildeste Form der Spezialobligation[6]).

On y partage entre les créanciers le prix des meubles vendus judiciairement, suivant l'ordre et la date de leurs hypothèques. — — Les créanciers qui auront acquis sur ces meubles des hypothèques antérieures aux saisies, pourront les exercer utilement, sur le prix provenant de ces meubles vendus judiciairement, qui se trouvera sous la main de justice etc[7]).

---

[1]) Lille tit. XXII, art. 8.

[2]) Vergl. Lille tit. XII art. 4, no. 9. Merlin vo Mise de fait § III, S. 302.

[3]) Lille tit. VIII, art. 3 no. 15.

[4]) Cambresis tit. XX art. 11 das droit de suite also auch hier in dem früher dargelegten Sinn. Vergl. oben S. 286. Lille tit. VIII, art. 2 Gl. 1 no. 4.

[5]) Merlin v. Mise de fait § IV, no. 6 S. 309.

[6]) Vergl. oben S. 147, 150, 163 fg., 221, 228 und Pathou in folg. N.

[7]) Lille VIII, art. 2 Gl. 1 no. 6.

Indessen erschöpft sich in diesem Vorzugsrecht regelmässig der Inhalt der Hypothek nicht. Es entspricht schon der Art und Weise, wie sie konstistuiert wird, dass mit ihr ein Veräusserungsverbot gegeben sei. Das ist denn auch die grundsätzliche Auffassung der Quellen[1]).

Prendre et mettre en la main de justice tous les biens meubles et immeubles sur lesquels est dirigé la Plainte, en faisant défense à tous de non emporter ni transporter lesdits biens jus (hors) du lieu, à péril d'encourir l'amende de soixante sous et de réparer le lieu[2]).

Aber das Verbot ist wirklich noch als solches, d. h. persönlich gedacht[3]). Vor allem hat ein gutgläubiger Erwerber nicht unter demselben zu leiden. Nur gegen denjenigen Erwerber ist es wirksam, der von dem auf der Sache lastenden Pfandrecht gewusst hat. Sein Wissen nimmt ihm den guten Glauben und bewirkt, dass die Veräusserung nicht gültig ist:

Il a participé à la fraude du débiteur, et cette fraude, qui est commune entre eux, empêche que les meubles et effets saisis aient été valablement aliénés[4]).

Es finden sich nun aber noch reichlich Rechte, welche eine bedeutend wirkungsvollere Hypothek auf die Mobilien anerkennen. Auch hier vollzieht sich vor unsern Augen die Dank der Intensivierungstendenz stattfindende Entwickelung von der obligatio specialis zur Hypothek. Dabei entfernen sie sich auch vielfach von den Formen der Begründung, wie sie für das exekutive Pfandrecht gelten. Gerade in Hinsicht auf dies verselbständigte Pfandrecht setzten nun freilich einige Coutumes ausdrücklich fest, dass es keine Anerkennung geniessen solle.

L'on ne peut aquerir droict réel et hypothecque par main assise et mise de fait, si ce n'est sur fonds et heritage, et ne se peut acquerir ledit droit réel et hypothecque sur meubles et

[1]) Die Hypothek, von welcher in voriger Note die Rede ist, entspringt in anderer, erst später zu nennender Weise.

[2]) Lille tit. XXI, art. 4. Vergl. Ausdehnung von der plainte à loi auf saisie, clarin mise de fait tit. VIII, art. 2 Gl. 2 no 6.

[3]) abweichend oben S. 344.

[4]) Lille tit. VIII art. 2 Gl. 2 no. 10. Vergl. tit. cit. art. 12 no. 14.

choses tenans condition de meubles comme sont rentes personnelles non hypothecaires et autres semblables[1]).

Aber gerade dieser energische Ausschluss deutet darauf hin, dass man sich einer in den Verhältnissen gegebenen[2]) Entwickelung zu erwehren hatte. Neben den ablehnenden Coutumes gibt es andere von gerade entgegengesetzter Stellungnahme.

Die Konstituierung der Mobiliarhypothek ist eine formelle. Sie geschieht meist vor dem Richter. Dabei ist die Versicherung — oft eidlich — abzugeben, dass jede dolose Absicht fernliege. Ferner wird eine Spezifikation in Hinsicht auf die Pfandobjekte verlangt: die Hypothek soll eine spezielle sein. Nachdem die Obligierung dergestalt vor dem Richter vorgenommen worden ist, hat noch eine Publikation in der Kirche zu erfolgen.

Un chacun peut aussi obliger pour dettes ses rentes, actions, ses meubles, ses cateux mobiliaires ou ses biens qui peuvent estre tranzportez, en la faisant en presence des Eschevins de la mesme Ville et Chastellenie, ou d'autre Loy, sous laquelle ils sont, et en declarant par bonne specification et juste, dans l'obligation lesdites rentes, meubles, cateux et biens qui peuvent estre emmenez et transportez, et en faisant une publication à l'Eglise, au lieu où le debiteur

---

[1]) Amiens, 37 Cout. loc, de Monstreul., vergl. Cout. loc. de Lille II S. 349.

[2]) Vergl. solche Verbote auch in schweizerischen Rechten, Huber l.c. S. 819. Charakteristisch ist folgende Bestimmung, aus welcher hervorgeht, dass derartige Mobiliarverpfändungen tagtäglich vorkamen und zwar häufig, um einzelne Gläubiger zu übervorteilen. Deshalb soll nach diesem Artikel die Mobiliarhypothek in ihrer Wirkung möglichst beschränkt werden. Sie soll Gültigkeit nur haben auf vierzehn Tage und eine Erneuerung soll gar nicht mehr zugelassen werden:

Comme aussi l'on voit journellement les débiteurs pour sauver leurs biens meubles et defrauder les crediteurs, obliger par contract judiciaire leurs biens catheux et de lá est statué et ordonné, que personne ne pourra doresnavant engager ny obliger son bien, meuble ny catheux, grains ny bestiaux ès mains de telle personne que ce fût et pour telle cause que ce soit, ny le mettre par forme d'asseurance, que pour un terme de quinze jours seulement, après lequel terme expiré sera tenue ladite oppignoration, obligation, asseurance et contract de nulle valeur, sans pouvoir autrefois ledit bien obliger à la mesme personne et pour le mesme deub. Angle V no. 7.

et l'obligé est resident, au premier jour de Dimanche après la mesme obligation[1]).

Oder die Verpfändung kann auch vor dem Rate vorgenommen werden. Und es wird wohl auch verlangt, dass darüber eine öffentliche Urkunde ausgestellt werde.

L'on peut aussi donner ses meubles pour seureté saus en faire la tradition au creancier, pourveu qu'il en soit fait un acte judiciaire contenant la specification et leur valeur, passé pardevant le Juge sous lequel meubles sont, ou pardevant les Bourg-maistres et Eschevins d'Audenarde lorsque le proprietaire est bourgeois au choix du proprietaire[2]).

Oder das Pfandrecht wird begründet durch eine Verschreibung[3]) in einem öffentlichen Register.

Toutes obligations, transportes, engagements, saisies, ventes, aliénations, arrests et autres affectations de biens cateux, de dettes et actions, et de tous autres biens mobiliaires, tels qu'ils soient, en cas que les debiteurs et vendeurs, nonobstant ce, soient demeurez en possession des mesmes biens, et qu'ils les ayent et retiennent entre leurs mains et en leur disposition, et qu'ils demeurent sous leurs noms, ils devront pour acqurir la réalité et l'affectation, estre annotez et enregistrez, par celuy qui est commis pour cela, de la part du Collège des Eschevins[4]).

Die Form ist essentiell. Ohne sie bleibt die Sache dem Gläubiger nur im Rahmen der allgemeinen Vermögenshaftung obligiert. Die Verpfändung aber besteht in ihren weitergehenden Wirkungen nicht zu Recht: à pareille peine de nullité, au regard d'une personne tierce[5]). Der Zeitpunkt der Erfüllung der Form gibt denn auch das Datum für die Hypothek:

La dite vente ou l'engagement aura lieu, à compter depuis le temps de ladite reconnaissance [en Justice] et non autrement[6]).

[1]) Vinox VIII 9.

[2]) Audenarde XIII 2.

[3]) Entspricht dem Modus in den schweizerischen Rechten, Huber a. a. O.

[4]) Bruges XXVIII 1.

[5]) Franc art. 91. Gleichzeitig ist noch eine Strafe angedroht: à peine de l'amende de six livres parisis si l'on trouvoit le contraire, outre la nullité de ladite obligation ou vente. Furne XXVII 13.

[6]) Poperinghe III 13.

Die dergestalt begründeten Hypotheken geben ein Vorzugsrecht auf den Preis des Pfandobjektes. Sie geben aber ausnahmslos auch ein gegen Dritte, und zwar auch gegen gutgläubige Dritte wirksames Zugriffsrecht.

Les dites obligations auront la force et donneront l'hypoteque et la preference sur les mêmes biens, si longtemps qu'ils sont en la possession du debiteur, et qu'ils luy appartiennent: mais estant vendus, et la tradition en estant effectivement faite, et estant mis hors de la possession du debiteur, le creancier n'aura nulle suite en vertu de la mesme obligation, que pendant le temps de six semaines, du iour que le créancier en est averti [1]).

Aber dieses dingliche Recht ist, wie der Schlusssatz zeigt, zeitlich beschränkt. Es soll nach der Veräusserung des Pfandobjektes durch den Schuldner nur noch sechs Wochen lang bestehen, freilich vom Zeitpunkt an gerechnet, da der Gläubiger von dieser Veräusserung in Kenntnis gesetzt wird. Alle Rechte sehen eine derartige Beschränkung vor. Doch braucht sie keineswegs so weit zu gehen, wie es hier der Fall ist. Das Pfandrecht verliert des öfteren Monate lang seine Wirkung nicht [2]). Der Frist von sechs Monat ein Tag begegnen wir im Recht von Bruges:

Et de tels transports, de tels engagements, ventes, arrests, ou aliénations estant mesme deuement enregistrez, n'obligeront ny n'affecteront pas neanmoins plus longtemps, au préjudice d'un tiers, que pour le temps de six mois et un jour; avant la fin du quel temps, le creancier ou l'acheteur sera tenu de vendre les effets transportez, ou le prendre pardevers luy, ou bien de faire renouveller son engagement sur le registre [3]).

Nach dieser Zeit muss das Pfandrecht erneuert werden, soll es nicht seine Kraft verlieren, und es müssen dabei wieder die gleichen Formalien innegehalten werden wie bei der ursprünglichen Koustituierung [4]).

Einige der genannten Rechte kennen, wie die Belege zeigen, eine zeitlich beschränkte Mobiliarvindikation als all-

[1]) S. Vinox l. c.
[2]) Bourbourg VII 14, Franc art. 91.
[3]) Bruges XXVIII 2.
[4]) S. Vinox l. c. Bruges l. c.

gemeinen Grundsatz ihres Fahrnisrechtes. Für die Mehrzahl aber ist die Zulassung der Mobiliarhypothek eine Durchbrechung ihrer mobiliarrechtlichen Grundsätze. Dabei benennen sie dieses Pfandrecht engagement, vor allem aber oppignoration[1]), obligation, direkt auch arrêt und stellen es neben die saisie. Dies weist doch wieder zurück auf die Zusammenhänge mit dem Exekutionsrecht. Für diese spricht auch die Form der Konstituierung unter richterlicher Beihülfe. Endlich steht inhaltlich das Satzungsrecht in diesen Coutumes in vollkommener Übereinstimmung mit dem Recht, wie es das gerichtliche Verbot zu Gunsten des Gläubigers herstellt. Es sei nur noch auf folgende beiden Bestimmungen über das exekutive Mobiliarpfand aus schon genannten Rechten hingewiesen.

Toute chose arresté est affectée au profit de celuy qui a fait l'arrest pour la dette demandée de sorte que l'on ne peut l'aliener, transporter ou engager au préjudice de l'arrest qui y a esté fait — — à l'effet que le premier qui a fait arrester est préferé aux autres[2])

Les dits meubles et dettes ainsi arrêtées, serout oppignorées de l'Arrêtant pour son deub, sans que à son préjudice le dit bien puisse être ailleurs transportez ou chargez, et où autre posterieur Arrest aussi y survient par autres personnes, sera neantmoins le premier Arrêtant préferé par avant tous autres[3]).

Jedoch ein Einwand könnte gegen unsere Auffassung über die Entstehung der Mobiliarhypothek erhoben werden, der zunächst von entscheidender Bedeutung zu sein scheint. Diese Hypothek kann nämlich auch begründet werden in seiner Art und Weise, die ganz unverkennbar auf die Formen des Eigentumserwerbes bei Immobilien zurückweist. Wenn also, so könnte man scheinbar mit Recht schliessen, überhaupt eine beschränkte Mobiliarvindikation anerkannt ist und zudem die Konstituierung der Mobiliarhypothek einen der Auflassung

[1]) Oppignoration als Wirkung der saisie und des clain siehe oben S. 326 und unten N. 3.

[2]) Furne XII, 8, vergl. Bouchante II, 9 mit Androhung der Nichtigkeit im Fall entgegenstehender Veräusserungen.

[3]) Angle IV No. 6.

verwandten Akt darstellt — dann muss ein Zusammenhang zwischen dieser Fahrnishypothek und dem „germanischen Proprietätspfand" angenommen werden. Vom Faustpfand, etwa mit Verfallsklausel, muss die Entwicklung ausgegangen sein, die zu dem Ziele führte, das wir vor uns sehen: eine Parallelbildung zum Auflassungspfand des Immobiliarrechts.

Aber dem gegenüber muss zunächst darauf hingewiesen werden, dass gerade die in Frage kommenden Coutumes jene Mobiliarvindication so wenig anerkennen wie eine Wirkung der Mobiliarhypothek gegen Dritte. Zudem aber erscheint die Verwendung der Formen des Immobiliarsachenrechts auf dem Gebiet des Fahrnisrechtes als eine juristische Anomalie, welche Schlüsse auf die Entstehung eines Rechtsinstitutes nicht ohne weiteres zulässt. Bei genauerem Zusehen ergeben sich denn auch Resultate, die von den genannten, scheinbar naheliegenden Folgerungen doch abweichen.

Die Pfandrechtskonstituierung, die in Rede steht, ist diejenige durch den rapport à loi. Worin dieser besteht, ist in einem einzigen Worte gesagt. Er ist die déshéritance, die exfestucation[1]. Der Eigentümer verzichtet symbolisch auf die Gewere und legt sein Recht in die Hand des Grundherrn oder des Gerichtes. Er tut es durch Übergabe der Festuca[2]. Die Eigentümlichkeit des rapport à loi besteht also nur darin, dass er den ersten Teil des gesamten Formalaktes des Eigentumserwerbes in seiner Isoliertheit darstellt. Er bedarf notwendigerweise der Fortsetzung in der Investitur, wenn das Eigentum übertragen werden soll. Aber dieser ganze Akt mitsamt der Investitur kann auch der Errichtung einer Hypothek dienstbar gemacht werden. Es wird gelegentlich gesagt, der Hypothekar erhalte auf diese Weise Eigentum an der Liegenschaft in Höhe seiner Forderung. Es heisst von dem investierten Gläubiger:

Il est réputé propriétaire de l'héritage jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et y possède un veritable droit réel, jus in re[3].

Doch diese Auffassung ist nicht haltbar. Der Gläubiger erhält nicht Eigentum. Und wenn er das Pfandrecht realisieren

[1] Cambresis, zu tit. XX S. 373 vergl. Merlin h. v. 525 f.

[2] Cogniaux, Observations 1744 cit Merlin S. 527.

[3] Merlin a. a. O. 527.

will, muss er den Weg einhalten, der oben dargestellt wurde. Aussprüche, wie der zitierte, wollen denn auch nur die Energie der Sachhaftung charakterisieren, wie sie sich aus dieser Verpfändung ergibt und uns als reine obligatio rei entgegentritt. Im Hennegau bedarf es bei Bestellung eines Auflassungspfandes einer besonderen Beredung, wenn der Schuldner persönlich haften soll. Also selbst zu einer Zeit, wo sonst die Haftung des Schuldners de lege eintritt, wird sie unter der genannten Voraussetzung nicht ohne weiteres angenommen[1]).

Anders bei rapport à loi. Es ist ausschliesslich eine Form der Pfandrechtsbegründung. Dabei wird ausdrücklich versichert, dsss neben ihr ohne weiteres die Personalhaftung fortbestehe.

Dans le cas du Rapport, la dette conservaut sa personnalité, quoique le débiteur l'ait assurée par l'affectation d'un immeuble, il est clair que le créancier doit avoir le choix d'agir par action réelle sur l'heritage rapporté, ou par action personnelle contre le débiteur[2]). — Le Rapport n'empêche pas que le créancier n'excerce l'action personnelle[3]).

Das Recht, das aus dem rapport à loi entsteht, wird als jus ad rem bezeichnet. Schon dadurch wird diese Hypothek in Gegensatz gestellt zu dem Auflassungspfand, welches in allen unsern Quellen als „wahres dingliches Recht" bezeichnet wird. Mit aller Deutlichkeit kommt der Inhalt dieses jus ad rem zum Ausdruck: es gibt dem Schuldner ein Recht qui

[1]) Dans le cas d'hypothèque coustituée par déshéritance et adhéritance: l'action du créancier est absolumeut réelle, et il ne peut la diriger que contre l'héritage même. Merlin a. a. O. uud Cogniaux l. c.: L'hypothèque qui est l'offet de la déshéritance et adhéritance — — donne jus in re et fait cesser l'action personnelle, tant sur les biens hypothéqués que sur tous autres meubles et immeubles.

[2]) Merlin S. 527.

[3]) Cogniaux l. c. Cambresis tit. XXV art. 20. Action pour dette, dont le crediteur a pour seurete de payement pris et accepté rapport et hypotheque, se peut intenter contre la personne du detteur personnellement, ou par clain pour execution de lettres sur les heritages rapportés; et procéder apres significations et publications par trois quinzaines, comme dit est, à la vente de la chose hypothequée: mais si elle étoit moins vendue que les deniers du rapport ne portent, le detteur ou son heritier qui seroit tenu aux dettes, seroit poursuivable pour le reste.

l'autorise à se pourvoir sur le fonds même de l'heritage, pour le payement de la dette[1]).

Cette hypotheque (par rapport) ne donne aux creanciers aucune propriété sur le fief, mais seulement un droit en vertu duquel il peuvent faire executer le fief pour leur payement[2]).

Der rapport à loi gibt demnach nur den Zugriff frei auf die Liegenschaften. Es gibt ein droit de suite in dem historisch richtigen Sinne dieses Wortes, welcher in einer über alle künftigen Handlungen des Schuldners hinweg zugesicherten Exekutionsmöglichkeit liegt. Der rapport à loi ist also eine Satzung, wie die main assise eine solche ist. Bei beiden heisst es: la justice se saisit des heritages pour les soumettre aux executions des hypotheques[3]). Beide bereiten die Exekution vor. Bei Anerkennung des rapport arbeiten die Coutumes mit den Rechtsvorstellungen, wie sie dem Bereich der main assise angehören.

So, aber auch nur so wird das Phänomen der durch rapport à loi konstituierten Mobiliarhypothek[4]) verständlich.

5. Die Pfandrechtsgrundsätze und die Forderungsprivilegierung. Die Konstituierung der Hypothek verlangte, dass die devoirs de loi erfüllt, die feierlichen, formellen Akte derselben vorgenommen würden. Die vertragliche Zusage eines Pfandrechts verschafft nur einen Pfandrechtstitel. Immer noch wird die alte Klausel obligamus omnia bona nostra etc. in die Kontrakte aufgenommen. Aber die Wirkung gegen Dritte bleibt ihr hier versagt. Die Hypothek, die Spezialobligation, bedarf der Realisierung, des nantissements.

Nul ne peut acquerir droit réel ou hypotheque[5]) en aucuns heritages, se n'est par l'une des voyes de nantissement. Par ladite Coutume ceux qui ont acquis saisine et droit réel en aucun heritage par l'une desdites voyes, sont préferez devant tous

[1]) Merlin l. c.

[2]) Cambresis, zu tit. I, art. 41 S. 47; vergl. S. 48 no. 2.

[3]) Cambresis, Com. zu tit. XX, S. 375.

[4]) Par la costume, tous rapports et hostigemens de fiefs, maisons, heritages, et biens meubles, faits pardevent les seigneurs etc. Lille XXII 1 f. Hainaut chap. 118, art. 6, art. 9. Vergl. Merlin l. c. S. 526.

[5]) Obligation, sagt Maillard, werde oft mit Hypothek verwechselt. Er aber möchte mit obligation nur die aus der Obligationsklausel der Verträge sich ergebende „persönliche", mit Hypothek die durch nantissement zu begründende sächliche Haftung bezeichnet wissen. Zu Artois S. 489.

autres qui n'auroient que droit personnel; et se plusieurs ont hypotheques et droit réel sur aucun heritage, il convient qu'ils voyent l'un après l'autre en ordre de date d'hypotheques, et non point en ordre de date des venditions ou obligations personnelles [1]).

Das Erfordernis der Formerfüllung und die Eigenart dieser Formen führte unmittelbar zur Anerkennung der bedeutsamsten pfandrechtlichen Grundsätze. Das Gericht legt seine Hand auf das Grundstück, das Pfandobjekt sein soll. Der Fronbote muss selbst auf die Liegenschaft gehen, um das Pfandrecht auf dieselbe zu legen. Das setzt eine genaue Bezeichnung und Umschreibung dieses Objektes voraus. M. a. W. die Hypothek ist eine spezielle.

En Artois, l'on ne reconnait pas d'hypothèque générale, toute hypothèque ordinaire y est speciale parcequ'elle ne peut être aquise à moins que le créancier ou un procureur pour lui, ou la justice n'ait été mise en possession, n'ait été saisie de chaque pièce d'héritage sur laquelle on veut acquérir des droits réels [2]).

Ebenso ergibt sich aus diesen Formen die Publizität [3]) des Pfandrechtes. Durch einen öffentlichen Akt ist also speziell und augenfällig das Haftungsobjekt als solches gekennzeichnet. Das muss starken Bindungs- und Haftungsvorstellungen förderlich sein. Dabei haben wir allerdings nicht in erster Linie an das Auflassungspfand zu denken, das dank seines Wesens im alten Recht bis zuletzt energisch den Gedanken der reinen Sachhaftung repräsentierte. Sondern wir halten uns an die Formen der Pfandrechtsbegründung, die schon bisher Gegenstand unserer Betrachtung waren. Da stellt sich denn das spezielle Pfandrecht durchaus in einen Rahmen, der von der generellen Vermögenshaftung getragen ist. Wir hatten wiederholt Gelegenheit, diese Zusammenhänge zu beobachten. Aber die Haftung ist nach der (speziellen) Verpfändung nicht nur eine ganz anders gesicherte in Hinsicht auf nachfolgende Veräusserungen

[1]) Boulenois, Cout gen. S. 33 art. 74/5. 76. Vergl. art. 77. Artois art 74. Maillard S. 531 und art. 75 und Maillard S. 557.

[2]) Maillard l. c. S. 533. vergl. Ordonnance, touchant l'hypotheque tacite du Seel du Souverain Bailliage de Lille 1591. Vandenhane I S. 197. Lille tit VIII. art. 1 Gl. 5 no. 31. Merlin vo. devoirs du loi § III, S. 640; Cambresis tit. V art. 11.

[3]) Darüber unten 363 fg.

durch den Schuldner, sondern sie ist auch eine ganz anders exponierte geworden. Nachdem die Liegenschaft, die genau bezeichnet wurde, öffentlich als eine gefronte erklärt wurde, ist es überaus naheliegend, dass sich der Gläubiger nunmehr, soweit möglich, an sie hält. Er soll es wenigstens so halten können: Die Coutumes gewähren dem Drittbesitzer kein beneficium discussionis[1]).

Doch diese Grundsätze waren nicht mit Absicht angestrebt, nicht in Erkenntnis ihrer Vorzüglichkeit aufgestellt worden. Ungesucht und ungewollt ergaben sie sich als die zufällige Wirkung von Formen, die Zwecken dienten, welche mit der Förderung des Realkredites ursprünglich nichts zu tun hatten. Diese Nebenwirkungen fand man deshalb zunächst keiner besondern Berücksichtigung und Förderung wert. Es ist denn auch nicht zu verkennen, dass sie vielfach in sich mangelhaft waren. Gerade die Publizität war nur ungenügend gewahrt, denn sie basierte auf einem schliesslich doch nur in beschränkter Öffentlichkeit vorgenommenen Akte. Dazu kommt, dass dieser Akt selbst im Laufe der Zeit die grössten Abschwächungen erlitt[2]). Eine romanisierende Richtung mochte sie auch so noch für überflüssig, ja selbst für unbillig halten[3]). Wir wissen, wie anderswo diese destruktiven Tendenzen von Erfolg gekrönt waren. Doch in unsern Rechten hatten sich die alten Anschauungen und die alten Formen erhalten und in eine Zeit hinüber gerettet, wo man sie aus neuen Erwägungen heraus erst recht zu schätzen begann. Man erkannte den Wert der bisherigen Übung aus ihren Nebenwirkungen heraus. Diese rückten denn auch bei Behandlung des gesamten Formalapparates in den Mittelpunkt und dies führte zu bedeutsamen Änderungen. Man verzichtete auf die bisherigen symbolischen Akte und ersetzte sie durch Formen, die in ganz anderer Weise geeignet schienen, den Zwecken der Publizität zu dienen. So sollen die Parteien nunmehr vor den Richter oder den Rat gelangen, wo auf Grund

[1]) Cambresis tit. XX, art. 6, Maillard zu tit II, no. 55, S. 493 Lille tit. VIII, art. 1, Gl. 5 no. 37.

[2]) Vergl. Rheims art. 174 und 175.

[3]) Com. zu C. du Boulonnois tit. XV, Bd. II S. 159, 163; vergl. Godet cit. bei Boullenois, Questions S. 131.

ihrer Erklärungen, eine Verpfändungsurkunde aufgesetzt wird[1]). Dabei müssen sowohl die Schuld, für welche die Liegenschaft haften soll, als auch dies haftende Objekt genau angegeben sein[2]). Dabei wird ferner auch die Nennung der älteren Hypotheken verlangt. Im Unterlassungsfall haftet der Gerichtsschreiber persönlich[3]). Das setzt voraus, dass er sie kennen kann. Und das ist möglich auf Grund des Registers. Dies ist denn die bedeutsamste Modernisierung der Form, die sich vor unsern Augen vollzieht. Um die Publizität herzustellen, sowie sie durch das Interesse des Realkredites[4]) erheischt wird, sollen alle durch devoirs de loi entstandenen dinglichen Lasten in ein Register auf der Gerichtskanzlei eingetragen werden.

Le seigneur ou son bailly et greffier est tenu de faire registre de toutes les dessaisines et saisines, mises de faict et mains assises, afin que les creanciers ou acquereurs, puissent cognoistre au vray quelles hypothecques y a sur les heritages, pour raison desquels ils veullent contraeter[5]).

Freilich in Rechten wie die Coutumes von Cambresis und vom Hennegau findet das Register noch keine Erwähnung.

[1]) Les deux contractants doivent comparaitro devant le bailli ou lieutenant du lieu, et illec déclarer en présence du greffier et de deux, témoins, le contrat qui aura été fait, dont sera fait acte, qui vaudra dessaisine et saisine, sans autre formalité. Péronne art. 264. Interessant sein dabei die Übergangsformen von Rheims oben S. 363 N. 2. Die Parteien kommen mit ihrem Pfandvertrag vor den Richter, dieser muss vor Zeugen erklären, dass ils nantissent les lettres, ou les tiennent pour bien nanties sur les heritages. Durch die Erklärung wird das nantissement vorgenommen. Die Quellen nennen dies: nantir le contrat. Dabei wird über die richterliche Erklärung eine Urkunde ausgestellt, oder sie wird in die Vertragsurkunde vom Gerichtsschreiber eingetragen: „endossé." — Und eben dort die andere Form: Auf Grund der Ermächtigung durch den königlichen Prevôt oder den Bailly wendet sich der Gläubiger an den Fronboten. Dieser wendet sich vor Zeugen an das Gericht und stellt das Begehren auf das nantissement, welches wieder in der obigen Weise zu erfolgen hat. Buridan zu art. 175 S. 334 nennt selbst dies Verfahren une espèce de main assise.

[2]) Rheims art. 177. Buridan S. 339 no. 3.

[3]) Buridan l. c. no. 4. Maillard S. 560 no. 52.

[4]) Vergl. Maillard zu art. 75 no. 50, S. 560. Die Formalitäten seien eingeführt worden, damit die Gläubiger dieselben kennen, sodass sie sich dann auch nicht beklagen könnten, wenn sie verkürzt würden.

[5]) Amiens 145. Vergl. Rheims 174, 177; Maillard l. c. no. 51.

Selbst die Ausstellung einer Urkunde ist nicht in verbindlicher Form vorgesehen. Im Gegenteil wird erwähnt, dass die Existenz des Pfandrechtes auch durch Befragen der Schöffen und durch Zeugen bewiesen werden könne[1]). Aber in den andern Rechten gelangt das Register im Verhältnis zu den Formalitäten in die dominierende Stellung. Ohne Eintrag soll überhaupt keine Belastung zu Recht bestehen. Mit ihm soll eine solche erst zur Existenz gelangen. Er soll auch das Datum für dieselbe abgeben.

Celles rapportées les premières sur le mesme registre, et qui y sont signées, quoiqu'elles fussent postérieures en date étant préférées[2]).

Begreiflicherweise lässt man deshalb diesem Register besondere Sorgfalt angedeihen. Es darf nicht in fliegenden Blättern bestehen, sondern muss ein sorgfältig paginiertes Buch sein. In diesem haben sich zur Vermeidung jeder unehrlichen Machenschaft die Eintragungen lückenlos zu folgen. Wie die genaue Datierung werden auch Angabe der Schuldsumme und spezielle Bezeichnung des Pfandobjektes verlangt — wie ehedem. Denn das Bewusstsein des Zusammenhanges dieses Registers mit den alten devoirs à loi ist durchaus lebendig[3]).

Dabei fehlt aber auch nicht das volle Verständnis für die praktischen Vorzüge dieser Einrichtung[4]). Die Autoren betonen, dass man ihr die Sicherheit des Kreditverkehrs verdanke und dass sie deshalb in hohem Masse dem öffentlichen Wohle diene[5]). Infolgedessen verhielt man sich den königlichen Ordonnanzen gegenüber, soweit sie in ihren Bestimmungen das gemeine französische Pfandrecht anerkannten oder voraussetzten, möglichst abweisend. Insbesondere der Widerstand der nördlichen Rechte in den Provinzen von Artois und Flandern war ein energischer und erfolgreicher. Er konnte

---

[1]) Cambresis tit. V art. 5. Devoirs de loy se doivent prouver par lettres en ferme ou par record des juges vivant. Hainaut chart. gen. chap. 50 art. 1. Merlin devoirs de loi § III 643.

[2]) Bruges tit. XXVII, art. 2.

[3]) Buridan zu C. d. Vermandois, art. 120, S. 282.

[4]) Man gewährt Einblick in die Register oder man verpflichtet den Gerichtsschreiber, den Interessenten Auszüge zu liefern. Buridan l. c.

[5]) Buridan a. a. O., vergl. § 279.

es schon darum sein, weil wichtige ältere Ordonnanzen, insbesondere diejenigen von 1539 und 1566, welche die notarielle und die gerichtliche Hypothek mittelbar oder unmittelbar zur Einführung bringen, hier überhaupt keine Geltung fanden, da diese Gebiete erst später, in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, zu Frankreich kamen und von einer nachträglichen Aufnahme jener Gesetze keine Rede war. Späterhin enthielten die königlichen Erlasse des öfteren die Klausel, wonach die neuen Bestimmungen in jenen Provinzen nur unbeschadet ihres alten eigenes Rechtes gelten sollen[1]. Oder die Ordonnanzen wurden durch gewaltsame Interpretation als mit der Coutume übereinstimmend befunden[2]. Oder man weigerte sich, dieselben aufzunehmen und in das Parlamentsregister einzutragen und gelangte mit entsprechenden Vorstellungen an den König, so im Jahre 1771, um sich vor den Wirkungen des Ediktes über die lettres de ratification zu schützen. Das Parlament von Flandern charakterisierte dabei das einheimische Pfandrecht als das chef-d'oeuvre de la sagesse, comme le secours, l'appui et la sûreté de la propriété, comme un droit fondamental, dont l'usage a produit de tout temps les plus heureux effets et a établi autant de confiance que de facilité dans les affaires — —.

In diesen nördlichen Rechten war deshalb die gerichtliche Hypothek nicht anerkannt. Die Coutumes schliessen sie zum Überfluss noch durch besondere Bestimmung aus, so in Artois[3], so im Hennegau[4].

Les jugemens n'emportent point hypoteque sur les biens de la personne condamné, sans déshéritance.

Aus den nämlichen Gründen ist aber auch kein Raum für die Legalhypotheken. Ausdrücklich werden sie auch der Ehefrau und dem Mündel versagt. Einzig der Fiskus hat auf Grund des édit perpétuel ein gesetzliches Generalpfandrecht für alle seine Einkünfte.

L'hypothèque tacite et légale n'est point reçûe; il n'y a

[1] Vergl. Declaration vom Mai 1685 inbez. auf die Geltung des Ediktes vom Mai 1684 in den pays de nantissement.

[2] Buridan zu Rheims art. 180 S. 343.

[3] art. 74. Vergl. Maillard no. 265f. S. 555, auch zu art. I, no. 39 S. 166.

[4] tit VII, art. 4.

que le Roi qui ait hypotheque de plein droit sur les biens des receveurs de ses domaines et autres revenus[1]).

Weniger heftig und erfolgreich ist der Widerstand, den die südlichen Rechte dem gemeinen coutumiären Recht und den Ordonnanzen, soweit diese auf letzterem ruhen, entgegenbringen. Zwar interpretieren auch hier die Coutumes von Rheims und Vermaudois die Ordonnanz von 1556 dahin, dass sie dem in einem Prozess Obsiegenden bloss einen Pfandrechtstitel gebe. Die Hypothek erwirbt er erst mit dem Beginn der Exekution[2]). — Hingegen im Boulonnois, in Ponthieu und in Amiens gelangt die gerichtliche Hypothek zur Anerkennung[3]). Keineswegs gab aber eine notarielle Urkunde ein Pfandrecht[4]). Dieser wesentliche Unterschied in der Wirkung wurde in Hinsicht auf die Regelung in den übrigen Coutumes und insbesondere im Pariser Recht, als ungehörig empfunden. Es gelangte deshalb die Sentence d'hypotheque zur Ausbildung. Auf Grund eines Schuldanerkenntnisses soll der Richter den Schuldner zur Erfüllung des Kontraktes „verurteilen". Dieser aber enthält die Klausel der Generalobligation. Die richterliche Sentence macht letztere zum vollwirksamen Pfandrecht[5]).

Bei einer derartigen Durchbrechung der Grundsätze des einheimischen Rechtes ist es begreiflich, dass auch die Legalhypotheken[6]) von Süden her einzudringen vermochten. Selbst die Rechte, in denen das Urteil nur einen Pfandrechtstitel gibt, vermochten ihnen nicht zu widerstehen. Aufgenommen wird zuerst die Legalhypothek der Frau für ihr douaire. Im Laufe des 17. Jahrhunderts wird der Ehefrau das generelle Pfand-

[1]) Hainaut tit. VII, art. 5. Vergl. édit perp. Isambert Bd. XVI. Lille tit. XXII, art. 3: Par la coutume générale ne sont aucunes hypothèques tacites, sauf le privilège du prince. Cambresis tit. V S. 152. Anerkennung dieses Rechtszustandes durch die Deklaration vom 17. Juli 1749.

[2]) Sentences de juge emportent hypotheque du jour de l'exécution d'icelles. Vermandois 125. Sentence du juge n'emporte hypothèque si non du jour qu'elle sera nantie ou exécutée.

[3]) Boulonnois comm. II S. 152 f.

[4]) Boulonnois S. 153; vergl. Merlin vo. Nantissement § IV S. 435 f.

[5]) Boulonnois cit. S. 154.

[6]) Vergl. Vermandois art. 124. Rheims 182, 46. Péronne 135. Chaulny tit. II, art. 8. Comm. von Vrevin S. 13 und art. 128. S. 248. Peronne 135, 269. Amiens 115.

recht im nämlichen Umfange zugesprochen, wie in den südlicheren Coutumes[1]). Im übrigen sind es wesentlich[2]) nur noch die Mündel[3]), deren Ansprüche durch eine Legalhypothek geschützt werden. Sie befänden sich, das ist der Standpunkt unserer Rechte, in der gleichen Lage, wie die Ehefrauen: Sie könnten nicht selbst die Formalitäten des nantissement anstreben. Zudem entbehrten die zu Grunde liegenden Verhältnisse, Ehe und Vormundschaft nicht der Publizität, sodass durch die Zulassung dieser Pfandrechte der Kredit nicht erschüttert werde.

Solche Erwägungen müssen aber ganz besonders in Hinsicht auf die Privilegien von entscheidender Bedeutung gewesen sein. Denn diese sind in unseren Rechten in reicherem Masse anerkannt, als man erwarten möchte. Sie haben dabei durchaus denselben Charakter wie im südlicheren coutumiären Rechte. So begegnen wir zunächst wieder all' den Vorzugsrechten auf die Gesamtheit der Mobilien oder auf einzelne Fahrhabeobjekte[4]). Soweit sie sich auf die Gesamtheit erstrecken, können sie regelmässig auch auf den Erlös der verkauften Liegenschaften geltend gemacht werden[5]). Vor allem aber sind auch hier die Privilegien auf die Immobilien durchgedrungen. Dass sie dem Prinzip der Spezialität Genüge taten, muss ihrer Aufnahme Vorschub geleistet haben. Zudem liessen sie sich in ihrer Mehrzahl unter dem Versionsgesichtspunkt rechtfertigen, sodass ein solider Kreditverkehr als durch sie nicht gefährdet betrachtet werden mochte. Nicht nur die südlicheren unter unseren Rechten[6]), sondern auch die nördlichen[7]) anerkennen neben dem Privileg des Seigneurs und denjenigen für Begräbniskosten und die

---

[1]) Buridan zu C. de Rheims cit. art. 182. Boulonnois Comm. S. 391.

[2]) In Rheims und Vermandois hat auch der Vormund eine Legalhypothek. Buridan zu art. 124. Brodeau l. H. no. 23.

[3]) Vom Fiskus abgesehen, dessen Pfandrecht auch in diesen Rechten ausser Zweifel steht. Vergl. Buridan zu Rheims art. 46.

[4]) Vergl. Boullenois Comm. S. 369f. Lille II 238f., 262f., 290f. Cambresis S. 465f. Buridan S. 359f. Maillard S. 399.

[5]) So insbesondere die Begräbniskosten, vergl. Cambresis l. c. Maillard S. 491. Boullenois II 390.

[6]) Boullenois II S. 390f. Buridan, Reims S. 338.

[7]) Cambresis 465f. Lille II S. 289, Artois, Maillard 399 no. 9, 491f. Vergl. Merlin vo. nantissement.

Kosten des décret auch die Privilegien des Verkäufers und des Bauhandwerkers, des Geldgebers und aus der Erbschaftsteilung.

Dieselben Rechte also, welche sich der Legalhypothek beinahe völlig verschlossen, anerkennen die Privilegien in der gleichen juristischen Ausgestaltung und in der gleichen Ausdehnung wie die früher betrachteten südlichen Coutumes. Eine derartige Erscheinung beweist, dass diese Privilegien auf wesentlich deutschrechtlicher Basis gar wohl Geltung erlangen konnten und dass es sich infolgedessen wissenschaftlich nicht rechtfertigen lässt, in Hinsicht auf die Bildung des französischen Privilegienrechtes schon von vorneherein den grössten Anteil dem Einfluss des römischen Rechtes zuzuschreiben.

Schluss.

Haftungsrechtliche Reformbestrebungen.

Die Hypothek des droit commun und diejenige Hypothek der pays de nantissement, die wir soeben betrachtet haben, sind auf den nämlichen Ursprung zurückzuführen. Denn sie sind sich in ihrem Wesen gleich. Sie sind beide Satzung. Technisch werden sie in den mittelalterlichen Quellen obligation genannt. Und als obligation treten sie uns im Sprachgebrauch noch des 17. und 18. Jahrhunderts entgegen, und es fehlt nicht an Autoren, die sich darüber klar sind, dass sie auch wissenschaftlich in dieser Weise zu umschreiben seien. Selbstverständlich ist diese Hypothek des ancien droit im Süden und Norden eine obligatio rei. Dies trifft für die spezielle wie für die generelle Hypothek zu. Und von Anfang an war diese sächliche Natur für beide die nämliche. Darüber hinaus enthält die Spezialobligation aber noch ein Verbot und zwar ein Verbot exekutivischen Charakters. Dasselbe weist denn auch unverkennbar auf die Realisierung der obligatio generalis zurück. Häufig genug ist deshalb in unseren Quellen die Darstellung des Hypothekarrechtes in den Abschnitten über die Zwangsvollstreckung zu suchen. Denn immer noch ist in der Hypothek eine Anweisung von Exekutionsobjekten zu erblicken, ein Setzen zur Vollstreckung, zur Verfolgung, ein droit de suite[1]). In thesi ist sie deshalb von der generellen Vermögenshaftung abzuleiten, die virtuell das exekutivische Pfandrecht in sich schliesst.

[1]) Ypotéque: Droit de suivre la chose entre les mains de ceux qui la possèdent. Maillard zu Artois art. 74 no. 273.

Doch von hier ab gehen die Wege weit auseinander in dem Hypothekarrecht der pays de nantissement und der übrigen Coutumes: Die Rechte der ersteren verlangen immer noch die Satzung oder Besatzung. Sie verlangen Aktion und Form. Für sie ist die Hypothek immer noch Anfang der Exekution. Und dieser muss sich notwendig gegen ein bestimmtes Objekt, gegen ein speziell bezeichnetes Grundstück richten. Die spezielle Sachhaftung tritt uns in voller Intensität entgegen. Sie ist durch die markante Art der Begründung und durch ihre apparten Wirkungen scharf geschieden von der Vermögenshaftung, wenn, gleich diese für sich allein schon genügender Rechtstitel zur Bestellung jener zu sein vermag. — Anders in den übrigen Rechten. Qui s'oblige, oblige le sien. Die Sachhaftung soll sich möglichst unmittelbar aus der „persönlichen“ ergeben. Jene erscheint geradezu wie diese als eine gesetzliche. Der „vorweggenommene Exekutionsbeginn“ hat sich verflüchtigt. Seine Funktion vertritt ein pfandrechtlich indifferenter und von der Tätigkeit des Eigentümers, des Pfandschuldners der Möglichkeit nach unabhängiger Akt. Ohne weiteres Zutun vermag er aber auch nicht eine besondere Beziehung zu einem speziellen Vermögensobjekt herzustellen. Ein derartiges Resultat wird denn auch nicht angestrebt. Die hypothekarische Haftung ist die hypothekarische Haftung des Vermögens. Darin geht das Recht der traditionslosen Sachhaftung auf.

Praktisch war das Recht der nördlichen Provinzen von ausserordentlicher Superiorität. Hier herrschten die Grundsätze der Spezialität und der Publizität. Für sie war im Süden keine Stätte. Hier war die Hypothek, wenn auch nicht schlechterdings formlos begründet, so doch heimlich und überwiegend generell. Die ganze Zeit des ancien droit hindurch stossen wir denn auf die lebhaftesten Klagen[1]) über die wahrhaft verhängnisvollen Wirkungen des südlichen Pfandrechtes. Der städtische Mobiliarreichtum wuchs von Tag zu Tag und gleichzeitig wuchs die

[1]) Vergl. Loyseau, III 1, 19; III. 1, 16, 35. d'Héricourt II 3 no. 8, XIV, no. 7. Vergl. die préambules zu den Ordonnanzen z. B. Mai 1424 Ord. XIII S. 47 f., S. 49. Juli 1428 l. c. S. 135 f. Jan. 1431 S. 261 Nov. 1441 S. 339 f. Vergl. Ord. Bd. VIII S. 482. — Juni 1581 Isambert XIV S. 493 (XX 175) März 1673, XIX 73 f. — Blondel, Mobilisation du sol en France, Paris 1888 S. 42, S. 66, S. 82.

Kreditbedürftigkeit des Landes. Aber die Ohnmacht des Rechtes machte den dringend nötigen ökonomischen Austausch unmöglich. Die alten Quellen hatten demjenigen den gesunden Sinn abgesprochen, der sein Erbe veräusserte. Nun heisst es umgekehrt sprichwörtlich: il y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs. In der Tat, ein Liegenschaftserwerb war voll Gefahren, und nicht weniger riskant war die Hypothekenbelehnung. Eine furchtbare agrarische Krisis in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts war die unausbleibliche Folge dieses Rechtszustandes. Vergeblich hatte man versucht, ihr vorzubeugen.

Denn die lebendige Einsicht in die Missstände des Pfandrechtsystems musste eine Reformbewegung hervorrufen. Die königliche Gesetzgebungsgewalt suchte sie durchzuführen. Dabei richtete sie ihren Blick natürlicherweise auf die nördlichen Rechte. Es galt für ganz Frankreich ein Recht zu erobern, wie es dem Norden eigen war. Die Ordonnanzen anerkennen zuweilen ausdrücklich die vorbildliche Bedeutung dieser Coutumes. Die vorgesehenen Reformen bewegen sich denn auch in der dadurch gekennzeichneten Richtung.

Trotzdem überschätzte man die Energie dieser legislativpolitischen Bewegung, wollte man sie ihrer Tendenz nach dahin charakterisieren, dass sie sich in ihren wichtigsten Äusserungen auf einem rechtlichen Boden bewegt habe, welcher derjenige der nördlichen Coutumes gewesen sei oder dass sie wirklich die Übernahme der Anschauungen, welche diesen letzteren zu Grunde lagen, zum Endziel gehabt habe. Dazu hätte es vor allem der Möglichkeit und des Willens bedurft, die grundbegriffliche Basis, auf der das gemeine französische Recht ruhte, preiszugeben. Denn in der prinzipiellen haftungsrechtlichen Auffassung bilden das droit commun und das nördliche Recht zwei sich schneidende Kreise, und da verlässt denn jenes insbesondere mit der Anerkennung einer grundsätzlich generellen und geradezu legalen absolut wirkenden Vermögenshaftung die gemeinschaftliche Basis. Sich von den einem solchen Rechtszustand zu Grunde liegenden Auffassungen zu befreien wäre also die Aufgabe gewesen. Darüber aber vermochte man nicht zur klaren Einsicht zu gelangen. Das praktische Ziel, das man anstrebte, glaubte man durch Vorschriften erreichen zu können, die man ihrem Inhalte nach als wesentlich formeller Natur erachtete.

Materiell bleibt die Reformbewegung wenigstens zunächst durchaus in den alten Vorstellungen befangen. Künftighin erleiden sie freilich beträchtlichen Abbruch und werden mannigfach durchbrochen. Denn wo sie in offenem Widerspruch stehen zu immer dringlicheren Postulaten des Rechts- und Wirtschaftslebens, tragen diese letztern schliesslich doch des öftern den Sieg davon. Keineswegs aber auf der ganzen Linie. Bis zum heutigen Tage nicht. Noch in das moderne französische Pfandrecht ragen in lebendiger Nachwirkung Vorstellungen hinein, wie sie dem coutumiären Hypothekarsystem entsprachen. Auch hier also müssen wir die erstaunliche Konsistenz des alten Rechtes als sehr realen Faktor in die Rechnung einbeziehen. Denn man stösst auf mehr als eine Erscheinung, die schlechterdings nur zu erklären ist, wenn man sich stets dieser Eigentümlichkeit bewusst ist.

Ein Edikt[1]) Heinrich III. vom Jahre 1553[2]) führt die Insinuation, die bisher nur für die Schenkung bestand, für alle dinglichen Verträge ein. Sie sollen spätestens zwei Monate nach ihrem Abschluss in ein Register beim Gerichtsschreiber eingetragen werden. Durch die rechtzeitige Erfüllung der Formvorschrift wird, soweit dies für die Wirkungen in Betracht fällt, das Datum des Vertrages gewahrt. Hingegen bei verspätetem Eintrag können dem Ansprecher resp. Gläubiger inzwischen begründete Rechte wirksam entgegengehalten werden. Die Register können eingesehen werden. Diese Bestimmungen sollen nach den dem Edikt vorangestellten Erwägungen der Sanierung der Verhältnisse dienen. In Wirklichkeit belassen sie das Hypothekenrecht in seinem alten Zustand und das neue Register ist mit samt den Abgaben, die vorgesehen waren, wesentlich fiskalischen Erwägungen entsprungen. Das Edikt steht also sehr weit hinter den sehr ernstlichen Reformversuchen zurück, welche die Könige schon im 15. Jahrhundert, wenigstens in Hinsicht auf einzelne coutumes gemacht hatten.

Ebenso gering ist die reformerische Bedeutung der Ordon-

[1]) Über diese ganze Reformbewegung ausführlicher Fourmeau: Du mode de Publicité des hypothèques. Thèse 1897. S. 37 f. Drouets, Thèse 1888. S. 84 f. Beaudry-Lacantinerie a. a. O. Einleitung. Überhaupt die Darstellungen des Rechtes des C. c.

[2]) Jourdan, Decrusy et Isambert XIII S. 313 f.

nanz, welche im Jahre 1581[1]) die Kontrolle der Verträge einführt. Diese contrôle des actes besteht wiederum in einer Einregistrierung. Wiederum wird sie für alle dinglichen Verträge verlangt. Doch die Register sollen keine öffentlichen sein. Sie sollen ausschliesslich dazu dienen fraudulöse Rückdatierungen zu verhindern. Aber die Ordonnanz lässt selbst erkennen, dass die Vorschriften vor allem die Abgaben an den Staat sichern wollen. Und die näheren Ausführungen zeigen auch, dass dies wirklich der leitende Gesichtspunkt gewesen ist. Übrigens wurden weder die Insinuation noch die Kontrolle in grösserem Umfange wirklich durchgeführt und dies obschon auch noch spätere Ordonnanzen ihnen Geltung zu verschaffen suchten.

Völlig erfolglos blieb aber auch der bedeutendste gesetzgeberische Versuch auf dem Gebiet des Pfandrechts: das Edikt vom Jahre 1673[2]). Colbert, der Schöpfer desselben, hatte erkannt, dass die Interessen der Geldgeber wie der Geldnehmer die Publizität der hypothekarischen Belastung der Güter erheische. In vollkommenerer Form soll deshalb allgemein zur Einführung gelangen, was die coutumes de nantissement angestrebt haben. Zu diesem Zweck wird ein Registeramt geschaffen. Hier sollen die Pfandgläubiger ihre „oppisitions“ bewerkstelligen. d. h. die Inskription ihrer Pfandrechte bewirken. Die Unterlassung führt zum Verlust des Vorzugsrechtes in Hinsicht auf die Eingetragenen. Auch die gerichtlichen Hypotheken mussten inskribiert werden. Dispensiert sind die Personen, die das Recht durch eine Legalhypothek schützt. Doch dauert dieser Dispens nur so lange, als der Grund der Privilegierung besteht. Es müssen also die Mündel nach erlangter Volljährigkeit, die verwitwete Frau innerhalb bestimmter Frist ihre Pfandrechte einschreiben lassen. — Der Registerbeamte muss Interessenten auf Verlangen Auszüge liefern, und er ist für die Richtigkeit und Vollständigkeit derselben haftbar. Zu dieser Öffentlichkeit kommt die Spezialität, die darin besteht, dass die Schuldsumme einregistriert wird und ferner darin, dass die belasteten Grundstücke, die im Amtskreise liegen, aufgezählt werden.

---

[1]) l. c. Bd. XIV S. 493 f.

[2]) l. c. Bd. XIX S. 73 f. Edit portant établissement de greffes pour l'engistrement des oppositions des créanciers hypothécaires.

Diese bedeutenden Massnahmen, die beispielsweise in der Behandlung der Legalhypotheken weitergingen als nachmals der code civil und die diesbezüglich erst wieder durch das Gesetz vom 23. März 1855 erreicht wurden, erleiden indessen ihre nicht unbeträchtliche Abschwächungen. Es wird unterlassen, die Eigentumsverhältnisse selbst einer entsprechenden Publizität zu unterwerfen. Und ferner gewährt das Edikt eine Eintragsfrist von vier Monaten. Bei Innehaltung dieser Frist wird der Rang bestimmt nach dem Datum der Entstehung des Pfandrechts ohne Rücksicht auf inzwischen begründete Belastungen. Dass grundsätzlich aus jeder notariellen Urkunde sich ein Generalpfandrecht ergibt, daran wird so wenig gerührt wie an der Existenz der gerichtlichen, der gesetzlichen und der privilegierten Hypotheken. Trotz dieser Schwächen bleibt aber das Werk ein überaus weitsichtiges. Aber der Widerstand des verschuldeten Adels, der durch diese Neuerungen seinen Kredit völlig untergraben glaubte, war so heftig, dass sich die Regierung schon im April 1674, sehr gegen ihren Willen, wie deutlich aus dem Wortlaut des betreffenden Ediktes zu erkennen ist, gezwungen sah, das Gesetz zurückzuziehen[1]).

Der Versuch war so gründlich gescheitert, dass ihm unter dem alten regime keine weitern mehr nachfolgten, die sich die Reform des gesamten Hypothekarrechts zum Ziele gesetzt hätten. Hingegen hob ein Edikt vom Juni 1771 das ausserordentlich kostspielige Verfahren des décret volontaire auf und ersetzte es durch die lettres de ratification. Der Erwerber konnte darnach das Grundstück entlasten, indem er den Kaufvertrag auf der Rats- oder Amtskanzlei niederlegte. Durch öffentlichen Anschlag wurden dann die Hypothekare von der Handänderung in Kenntnis gesetzt. Dann mussten sie innerhalb zweier Monate ihre Pfandrechte anmelden. Nach dieser Frist wurden dem Erwerber die lettres de ratification zugestellt. Die Anmeldungen wurden in einem Kollokationsplan ordnungsgemäss zusammengestellt und darnach der Kaufpreis verteilt. Dieses vereinfachte Purgationssystem mochte den Grundstücksverkehr einigermassen erleichtern. Im übrigen aber wurde alles beim alten belassen.

So fand die Revolutionszeit ein Pfandrecht vor, das schon

[1]) l. c. Bd. XIX S. 133.

den bisherigen Bedürfnissen nicht entfernt entsprach. Die diesbezüglichen Bedürfnisse erlitten nun noch eine gewaltige Steigerung. Ein rationelles Hypothekarrecht wurde geradezu eine Forderung von eminent politischer Bedeutung. Der Staatskredit selbst sah sich infolge der Assignatenwirtschaft auf ein befriedigendes Realkreditsystem angewiesen. Es kam das völlig neue Grundeigentumsrecht hinzu. Mittelst der eingezogenen Güter der toten Hand und zum Teil auch der Krondomänen sollte ein neuer Stand kleiner Grundeigentümer geschaffen werden. Man erleichterte die Transaktionen soviel man nur konnte. Aber man sah ein, dass diese Bestrebungen die wirksamste Unterstützung durch eine gründliche Hypothekarreform fänden. Eine solche glaubt der Konvent zu bringen durch das Gesetz vom 9. Messidor III: loi concernant le code hypthécaire[1]). Man ist bei der Lektüre desselben erstaunt zu sehen, wie sehr all' seine Bestimmungen, sofern sie wirklich die Hypothek zum Gegenstand haben, die grundlegenden Anschauungen wiederspiegeln, die dem ancien droit eigen waren und die es gerade zu überwinden gegolten hätte. Das Gesetz will den Grundsatz der Publizität durchführen. Il n'y a d'hypothèques que celles résultant d'actes authentiques inscrits dans des registres publics ouverts à tous les citoyens[2]). Aber die Inskription konnte während eines Monats seit der Begründung des Pfandrechts erfolgen, so dass der Rang nach dem Datum des Konstituierungsaktes gewahrt blieb[3]). Während eines Monats konnten also die Hypotheken mit voller Wirkung gegen Dritte nach wie vor heimlich sein. Die Eintragung verlangt Angabe einer bestimmten Schuldsumme. Nicht aber ist eine spezielle Angabe der Pfandobjekte vorgesehen. In der Tat: die Hypothek ist grundsätzlich eine generelle. Das beweist zur Genüge, wie sehr die alten Vorstellungen noch lebendig sind. Diese Hypothek ist die alte sächliche Vermögensobligation. L'hypothèque est un droit réel sur les biens de l'obligé ou du débiteur, accordé au creancier pour sûreté des engagemens contractés envers lui (art. 2). Die Güter des „Obligierten oder des Schuldners" sollen dem

[1]) Vergl. Pothier Oeuvres Ed Hutteau Bd. XIV S. 216 f. Merlin vo. Hyp. S. 828 f.

[2]) Art. 3.

[3]) Art 22.

Gläubiger zur Sicherheit dienen. Deswegen wurden eo ipso alle im Bezirk des Registeramtes gelegenen Grundstücke mit diesem dinglichen Recht belastet (art. 26). Dass diese Regelung wesentlich einen Versuch darstellt, das coutumiäre Sachhaftungsrecht durch die Statuierung des Publizitätsprinzipes zu retten und festzulegen, zeigen in aller Schärfe auch noch die Titel, die nach dem Gesetz eine Hypothek geben. Die Legalhypothek im engeren Sinne, als Privilegium, ist nicht anerkannt. Man opferte sie den Anforderungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit. Aber in dem weitern früher dargelegten Sinne ist auch jetzt noch jedes hypothekarische Pfandrecht ein gesetzliches. Es bedarf nicht der vertraglichen Einräumung. Die öffentlichen Urkunden geben vielmehr wie die gerichtlichen Schuldanerkenntnisse und Urteile von Gesetzeswegen eine Generalhypothek[1]). Les actes de cette nature — — donnent hypothèque de plein droit, et sans avoir besoin d'être exprimée, sur les biens présens et à venir des obligés ou condamnés et ceux de leurs héritiers (art. 19).

Das Dekret vom 9. messidor enthielt aber doch auch merkwürdige und einschneidende Neuerungen. Es schuf als ein selbständiges Institut die Eigentümerhypothek in der Form der cédules hypothécaires. Bis zur Höhe von drei Viertel des Wertes kann der Eigentümer sein Grundstück durch solche cédules belasten, welche dann durch Indossament begebbar sind. Es ist charakteristisch, dass dieser dem alten Recht gegenüber wirklich revolutionäre Versuch, der übrigens sein Vorbild in staatlichen Finanzoperationen gehabt hatte, sofort einer Einrichtung rief, die in dem einen oder andern Punkt an das deutsche Grundbuch erinnert. Laut art. 32 des Gesetzes kann nämlich der eingetragene Hypothekargläubiger von seinem Schuldner den Ausweis verlangen, dass er in gehöriger Form die déclaration foncière der Güter vorgenommen habe, welche in dem Kreise des Registeramtes liegen, in dem der Gläubiger sich hat eintragen lassen. Diese déclaration foncière ist durch ein besonderes Gesetz, ebenfalls vom 9. Messidor III geregelt. Sie besteht in folgendem Verfahren: Unterschriftlich bekennt sich der Schuldner als Grundstückseigentümer und macht urkundlich die ihm gehörigen Liegenschaften namhaft. Die

[1]) Art. 17, 18, vergl. art. 3.

Urkunde enthält die nähere Beschreibung dieser Liegenschaften und nennt ihren Schatzungswert. Diese Bescheinigung wird in drei Exemplaren ausgestellt. Das eine behält der Hypothekenbewahrer, das zweite wird bei der Gemeindekanzlei niedergelegt und das letzte hält der Eigentümer zurück. Die Bedeutung dieser Deklaration besteht vornehmlich darin, dass sie dem Dritten gegenüber schlechthin beweiskräftig ist. Der Pfandgläubiger, der sich auf die Angaben der Deklaration stützen kann, ist gegen jede Eviktion des Gutes geschützt. Ein Vindikant muss das Recht, das er geltend machen will, dem Hypothekenbewahrer anzeigen. Dieser registriert es ein. Das Obsiegen des Ansprechers kann aber den vor dem Eintrag begründeten Pfandrechten nichts anhaben. Les hypothèques inscrites et les cédules requises avant ladite notification, ont leur pleine et entière exécution sur la chose hypothéquée, sauf le recours du propiétaire contre celui qui les avait consenties (art. 95 des Hypothekengesetzes, vergl. art. 92 f.). Darin lag eine dem französischen Recht im übrigen fremd gebliebene Auffassung, die in ihren Wirkungen an den öffentlichen Glauben des Grundbuches erinnert. Der Versuch hatte denn auch so wenig wie derjenige mit den cédules hypothecaires Erfolg oder dauernde allgemeinere Bedeutung. Man scheute immer wieder davor zurück, die merkwürdigen Dekrete in Kraft treten zu lassen. Bis in die letzten Jahrzehnte hinein ging die allgemeine Ansicht auch dahin, dass sie nie Geltung erlangt hätten. Dem ist allerdings nach neueren Forschungsergebnissen nicht so. Sicherlich aber vermochte sich dieses neue Recht bei der kleinen Frist, die ihm gewährt war, nicht einzuleben. Es erlag den zahlreichen Anfechtungen und wurde ersetzt durch das

Dekret vom 11. brumaire VII: loi sur le régime hypothécaire. Wie für die Eigentumsübertragungen die Transkription, so wurde für die hypothekarischen Belastungen die Inskription vorgeschrieben. Die Hypotheken müssen in öffentliche Register eingetragen werden. Und zwar ist hier zum ersten Male vorgesehen, dass Dritten gegenüber die Hypothek nur von der Inskription ab Wirkung habe (art. 2). Neben den vertraglichen — es bedarf nunmehr wirklich der ausdrücklichen Einräumung, art. 4 — sind auch die gerichtlichen und die gesetzlichen Hypotheken anerkannt. Aber auch sie müssen eingetragen

werden. Dabei nennt das Gesetz die Personen, welche zu Gunsten der Privilegierten die Legalhypotheken einzutragen haben und welche im Unterlassungsfall für den Schaden haftbar gemacht werden (art. 21, 22). Aber wenn auch öffentlich, sind diese Hypotheken doch auch generell (art. 4). Anders hingegen das Konventionalpfandrecht. Es ist speziell und bedarf der besonderen Angabe des Pfandobjektes (art. 4). Speziell sind notwendigerweise auch die Privilegien auf die Immobilien, die das Gesetz übernimmt. Es nennt das Privilegium des Verkäufers und dasjenige des Unternehmers (art. 12, 13, 14), letzteres mit den Einschränkungen (Mehrwert) und den Formvorschriften, wie sie im Code civil wiederkehren. Dasselbe gilt für die Privilegien, die auf den Erlös der Gesamtheit der Mobilien und subsidiär auf denjenigen aus den Immobilien gehen (art. 11). In dieser Hinsicht wurde das alte Recht übernommen. Neu geregelt wurde hingegen das Verfahren der purge. Auf Grund der Publizität der Belastungen konnte es wesentlich vereinfacht werden. Das Verfahren aus Artikel 30 ff. wurde denn auch in den Code civil übernommen, als Mittel, durch welches der Erwerber die Liegenschaft von den eingetragenen, den öffentlichen Pfandrechten befreien kann. Für die übrigen Hypotheken musste der Code freilich noch ein weiteres Purgationssystem aufnehmen. Er fand es bereits vor im Edikt vom Jahre 1771, das die Heimlichkeit der Pfandbelastungen voraussetzt. — Über die Einrede der persönlichen Exkussion schweigt sich das Gesetz aus. Nicht minder über die Pfandklage gegen den Drittbesitzer. Ihre Existenz und Ausgestaltung blieb deshalb bestritten. Das Gesetz sagt aber auch nichts über die legislativpolitischen Experimente der vorausgehenden Dekrete – und diesbezüglich war es nicht zweifelhaft, dass der Gesetzgeber nicht mehr gewillt war, ihren Spuren zu folgen. In dieser wie in mancher andern Hinsicht war das Gesetz vom Jahre VII von grundlegender Bedeutung für das neue Recht, wie es festgelegt wurde im



Code civil von 1804. Das sieghafte Beharrungsvermögen des coutumiären Rechtes erhält eine überraschende und interessante Illustrierung durch die Artikel 2167 ff. des französischen bürgerlichen Gesetzbuches. Sie seien hier an die Spitze gestellt. Sie führen uns in medias res hinein.

2167. Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire.

2168. Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve.

2169. Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.

Aus diesen Bestimmungen erfahren wir, dass der Drittbesitzer der verpfändeten Liegenschaft gehalten ist oder angehalten werden kann, gewisse Handlungen vorzunehmen. Es sind ihm „Obligationen" auferlegt. Sie gehen alternativ auf payer und délaisser! Der Code civil hat also das délaissement, dies veraltete und unpraktische Institut, aufgenommen, das dem Drittbesitzer wenig bietet, den Gläubigern aber beträchtliche Kosten bereitet, da die Besitzaufgabe durch den Eigentümer sie zwingt, einen Kurator zu bestellen, auf dessen Namen das Zwangsverfahren seinen Fortgang nehmen kann. Dabei wird diese Einrichtung in der Form eingeführt, die geradezu wörtlich derjenigen entspricht, welche diesem Recht in der Coutume de Paris Ausdruck verlieh. Der Drittbesitzer soll zahlen oder das Grundstück preisgeben. Dazu ist er „obligiert". Aber schon die alten Quellen sprechen ohne innere Berechtigung und missverständlich von einem Sollen oder Müssen in Hinsicht auf das délaissement durch den Drittbesitzer. Davon kann u. E. auch im neuen Rechte gar nicht die Rede sein. Wird die Liegenschaft nicht preisgegeben, so können die Gläubiger den Zwangsverkauf anstreben. Diesem gegenüber bedeutet für sie das délaissement niemals ein ökonomisches Plus. Wohl aber vermag es dem Drittbesitzer Annehmlichkeiten und Vorteile zu gewähren. Bei dieser Sachlage erscheint die Annahme eines auf Preisgabe gehenden Sollen des Pfandbesitzers geradezu be-

grifflich unmöglich. Wollen die Gläubiger nicht das délaissement, so verhält es sich aber anders mit der Zahlung. Auf diese geht ihr Recht. Sie sollen auf freiwillige Weise oder durch das Zwangsverfahren befriedigt werden. Um ihnen diese Befriedigung zu sichern, war ihnen die Liegenschaft verpfändet worden, die sich jetzt in dritter Hand befindet. Das Rechtsverhältnis, das sich dergestalt bildet, wurde im ancien droit nicht unter ausschliesslich pfandrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet. Das Recht der vorbehaltenen Rente — rente foncière — hatte eine innerlich geschlossene konsequente Durchbildung erhalten und verschaffte sich einen Einfluss auch auf das Hypothekarrecht. Nicht die Theorie, aber die Praxis neigte zur Auffassung hin, dass auch bei der Hypothek das Grundstück selbständig belastet sei im Sinne der alten dette réelle. Accessorisch führte diese Belastung u. a. zu einer Realobligation, derzufolge der Eigentümer zu einer der Belastung entsprechenden Leistung gehalten war. Er schuldete sie. Es war ein an den Besitz geknüpftes Sollen Das deutete die Pfandklage an, die ihrem Wortlaute nach auf Zahlung ging. — Wie das alte Recht, so spricht nun auch der Code davon, dass der Drittbesitzer zahlen solle. Dass es sich dabei um eine Obligation im historisch richtigen Sinne nicht handeln kann, beweist schon die Fortsetzung des Textes, indem art. 2170 anhebt: néanmoins le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette etc. Vielmehr ist der Drittbesitzer nur gehalten, zu zahlen (2168). Er soll die Ansprecher befriedigen. Diese Artikel konservierten die alte „Realobligation". Soweit sie dabei das Délaissement einbeziehen, ist dies freilich unserer Ansicht nach materiell irrig.

Doch wir müssen gestehen, dass wir zum Schutze unserer Ansicht keinen Kommentator des Code anrufen können. Sie hat in der Literatur auch nicht einen Vertreter gefunden[1]).
Am nächsten trifft sie sich mit der Auffassung von Zachariae[2])

---

[1]) Doch scheint sie in folgendem Ausspruch des Kassationshofes durchzuklingen: c'est une des bases du nouveau système hypothécaire — — que le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé au payement de la dette ne peut être contraint à ce payement qu'en qualité de détenteur, que sur le bien même qui est hypothéqué, et non par voie de condamnation personnelle, lors même qu'il ne délaisserait pas le bien. Cit Dareste S. 132.

[2]) 8. Aufl. (Crome) Bd. II S. 147.

und von Puchelt[1]). Danach ist der Drittbesitzer als solcher gehalten, entweder die Forderung zu bezahlen oder die belastete Liegenschaft aufzugeben. Auch das Délaissement soll also Inhalt der Realobligation sein. Der Wortlaut und zwar nicht nur des Code, sondern auch der älteren Quellen, — und die Autoren verweisen auch darauf — scheint allerdings diese Theorie zu erhärten. Aber wir können sie in dem auf die Preisgabe bezüglichen Teil weder dogmatisch noch historisch für gerechtfertigt finden. Aber hervorheben wollen wir, dass sie doch anerkennt, der Eigentümer als solcher sei gehalten zu zahlen, obschon er nicht dahin verurteilt werden könne.

Umgekehrt anerkennt Troplong[2]) nur ein auf Preisgabe gehendes Sollen des Drittbesitzers. Er tadelt also die Ausdrucksweise payer ou délaisser. Das Verhältnis liege vielmehr so, dass der Eigentümer als solcher das Grundstück preisgeben müsse. Wenn er es jedoch vorziehe, könne er die Pfandsumme bezahlen. Dies war die bevorzugte Auffassung der Autoren des ancien droit. Sie begegnet uns auch zur Zeit des intermediären Rechtes wieder[3]). Aber sie zeugt nicht für ein grosses Verständnis des einheimischen Rechtes. Die alten Theoretiker gelangten zu ihr durch falsche Vorstellungen über die römische pignoris vindicatio.

Sie ist denn auch heute fast allgemein als irrtümlich erkannt. Die überwiegende Mehrzahl der Autoren steht auf dem Standpunkt, dass die Redeweise des Code civil eine völlig schiefe und unhaltbare sei: Der Drittbesitzer sei weder zu zahlen, noch die Liegenschaft preiszugeben gehalten. Er kann, er darf das eine oder das andere. Verpflichtet aber ist er — und auch das ergibt sich offenbar nur aus der allgemeinen Rechtsordnung — einzig und allein dazu, das Zwangsverfahren in die Liegenschaft zu dulden[4]).

[1]) Das rheinisch-französische Privilegien- u. Hypothekenrecht. S. 261.

[2]) Des priv. et hyp. III no. 782.

[3]) Guichard S. 43.

[4]) Aubry et Rau § 287 no. 1. Duranton XX S. 372. Pont Priv. et hyp. no. 1127. Dareste de la Chavanne, du délaissement hypothécaire S. 129 f. Allard, droits et obligations du tiers détenteur en matière hypothécaire no. 23 S. 17 no. 148 f. S. 81.

Es ist kein Zufall, dass beinahe sämtliche Kommentatoren des Code dieser Ansicht huldigen. Wohl lässt sich nachweisen, dass die Bestimmungen der Art. 2167—2169 einen sehr realen historischen Untergrund besitzen. Aber ebenso begreiflich ist es, dass die Autoren auf Grund der pfandrechtlichen Vorschriften und der pfandrechtlichen Grundbegriffe des Gesetzbuches sich dem Inhalt der fraglichen Artikel gegenüber abweisend verhalten müssen. Diese entstammen einem fremden Vorstellungskreis. Sie gehören einem Rechte an, das sich begrifflich gar wohl mit dem Immobiliarpfandsystem in organischer Weise hätte verbinden können. Unbestreitbar war eine solche Bewegung einst im Fluss gewesen. Aber sie wurde unterbunden. Und was von der Berührung zurückblieb, ist wenig, ist Bruchstück. Es wird als etwas Fremdes empfunden. Der Gesamteindruck geht, wenn man die Autoren anhört, dahin, das die Sprechweise der herangezogenen Artikel eine unorganische und dem Pfandrecht des Code civil nicht adäquate sei.

Die Richtigkeit dieser Kritik ist nicht zu verkennen. Eine „Realobligation“, die im Leistensollen des Eigentümers als solchen besteht, ist doch wohl nur aus der selbständigen dinglichen Belastung des Grundstücks, aus der „dette réelle“ als eine derivative Erscheinung zu erklären. Sie setzt einen mehr oder weniger ausgeprägten Reallastencharakter der Hypothek voraus. Der Umstand, dass dem französischen Grundpfandrecht dieser Charakter abgeht, straft jene Bestimmungen Lüge.

In der Tat liegen diese Vorstellungen dem Hypothekarsystem des code civil fern. Dieser letztere ist der Erbe des ancien droit. Ist er es selbst bis hin zu den Wendungen in den Artikeln 2167 und 2168, so ist er es nicht minder in den grundbegrifflichen Auffassungen des Pfandrechts. Notwendigerweise ist deshalb seine Hypothek ausschliesslich Obligation, obligatio rei, Sachhaftung. Erschöpfend wird sie ihrem Wesen nach als Pfand bezeichnet: gage, sûreté, garantie. Sie ist nichts anderes als eine sächliche Bürgschaft, eine caution, welche Bezeichnung noch Guichard[1]) auf die Hypothek aus dem Gesetz vom 11. brumaire VII, welche keine andere als die des Code ist, anwendet. Der Code civil stellt selbst an die Spitze des

[1]) S. 40, S. 48.

18. Titels, der die Privilegien und Hypotheken zum Gegenstand hat, Bestimmungen, welche diesen haftungsrechtlichen Charakter scharf widerspiegeln, so scharf und klar, dass sich denn auch hin und wieder in der pfandrechtlichen Literatur die historisch richtigen Haftungsvorstellungen ausgedrückt finden.

Die Artikel 2092 und 2093 lassen das Vermögen des Schuldners als das gage commun erscheinen. Sie statuieren das Prinzip der Vermögensobligation und ferner dasjenige der grundsätzlichen Gleichheit der Gläubiger. Aber diese Gleichheit kann durchbrochen werden. Es gibt haftungsrechtliche Formen, die ein Vorzugsrecht verleihen. Art. 2094. Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques. Ohne Rücksicht auf die Vermögenshaftung wird dann weiterhin die Hypothek definiert: art. 2114: L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. — — — Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent. Durch die Hypothek ist das Pfandobjekt in der Weise belastet, dass es die Ansprüche des Gläubigers sichert, indem sich dieser nötigerweise aus ihm Schadens erholen kann. Die Hypothek ist das dingliche Recht an fremder Sache, zufolgedessen ein Grundstück oder die Nutzniessung an einem Grundstück für eine gewisse Forderung in der Weise haftet, dass der Gläubiger sich an das Unterpfand behufs Befriedigung aus demselben halten darf, gleichviel in wessen Hände das Pfand übergeht[1].

Die vertragliche Hypothek hat den nämlichen Charakter wie in dem Gesetz vom Jahre VII. Sie muss ausdrücklich in notarieller Urkunde vom Eigentümer eingeräumt werden. Von da ab ist sie existent. Dritten gegenüber wirkt sie aber erst von der Inskription ab. So wird dem Grundsatz der Öffentlichkeit genüge getan. Zugleich muss die Konventionalhypothek als spezielle konstituiert werden. Aber auch Generalpfandrechte werden anerkannt. So die Legalhypotheken, die teilweise selbst noch nach dem Gesetz vom Jahre 1855 den Publizitätsvorschriften nur beschränkt unterworfen sind. So vor allem auch die gerichtliche Hypothek. Sie ist in dem weiten Umfange anerkannt, dass nicht nur aus Verurteilungen, gleichgiltig ob sie

[1] Zachariae-Crome l. c. II S. 5.

auf Antwort oder auf Ausbleiben erfolgten und ob sie endgültige oder bloss vorläufige gewesen, eine solche entsteht, sondern dass auch den gerichtlichen Schuldanerkenntnissen und Verifikationen von Unterschriften in Privaturkunden diese Wirkung zukommt. Es ist begreiflich, dass bei diesen generellen Pfandrechten dem Drittbesitzer die Einrede der persönlichen Exekution verstattet wird. Der art. 2170 räumt sie denn auch in ganz allgemeiner Form ein: Le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés et en requérir la discussion préalable. Als Ausnahme statuiert dann art. 2171, dass dem Drittbesitzer im Falle einer Spezialhypothek die Einrede nicht zustehe.

Wenn in der Frage der Einrede das Recht für das Konventionalpfand ein anderes ist als für die übrigen Pfandrechtsarten, so ist im übrigen die Regelung wieder eine übereinstimmende. So ist insbesondere die Abhängigkeit von der Forderung für alle Pfandrechtsformen in gleich konsequenter und strenger Weise durchgeführt. Nur wo und solange eine Forderung besteht, kann die Hypothek bestehen. Deutsche Partikularrechte und auch das bürgerliche Gesetzbuch sind bestrebt, bei Veräusserungen verpfändeter Liegenschaften den Eintritt des Erwerbers in die persönliche Schuld des Vorbesitzers möglichst zu fördern. Es zeigt sich also die Tendenz, das persönliche Verhältnis dem sächlichen folgen zu lassen. Das ist charakteristisch für das deutsche Recht. Aber es ist ebenso charakteristisch für das französische Recht, dass ihm ein solches Bestreben fern liegt. Lassen sich doch die Autoren noch des öftern von Erwägungen leiten, wie sie für das alte Recht so kennzeichnend waren und die dahin abzielen, dass sie bei Fragen des Sachhaftungsrechtes überall von der Vermögenshaftung auszugehen suchen. Dieses, dem Wesen der Hypothek-Obligation entsprechende Verhältnis erhielt einen drastischen Ausdruck in dem nicht auf Real-, sondern auf Personalfolien begründeten Inskriptionssystem. Hier berühren sich materielles und formelles Recht aufs engste. Die Eigentümerhypothek kann unter den besagten Voraussetzungen keine Anerkennung, der öffentliche

Glaube keine Stätte finden. Damit fehlen die elementarsten Voraussetzungen, deren es bedarf, soll die Hypothek nicht nur Haftung, sondern noch ein Mehreres sein, soll sie jenes Reallastenelement in sich aufzunehmen vermögen, das ihr erst jenen Charakter der Absolutheit und der Gradlinigkeit verleiht, der die Superiorität des deutschen Pfandrechtes ausmacht.

Anhang.

Zur Vorgeschichte des mittelalterlichen Haftungsrechtes.

1. Kapitel.

Die Vermögenshaftung aus der Wadiation.

In den Quellen des mittelalterlichen Rechts tritt uns die „persönliche Haftung“ in den verschiedensten Formen entgegen. Es sind geradezu heterogene Gebilde, die in diesen weiten Rahmen hineinfallen. Objekte und Umfang der Haftung bieten ein wechselvolles Bild dar. Haftung der Person mit ihrem körperlichen Substrat und Haftung des Vermögens stehen einander gegenüber, und wohl alle denkbaren Möglichkeiten einer Regelung ihres gegenseitigen Verhältnisses finden in den jüngern Quellen realen Ausdruck. Wer glaubte, diese Mannigfaltigkeit historisch und dogmatisch auf eine einzige Formel bringen zu können, der würde dem lebendigen Reichtum der tatsächlichen Verhältnisse nicht gerecht, der begäbe sich von vorneherein des Verständnisses der auf ihn einstürmenden Welt eigenartiger Erscheinungen. Denn er wäre dem Chemiker vergleichbar, der auf der Suche nach dem Urelement die tatsächlich in einer Mehrheit vorhandenen unterscheidbaren Elemente in dieser ihrer Vielheit ignorierte.

Ebenso ist die Reduktion auf Eine Formel eine Unmöglichkeit angesichts der germanischen Haftungsinstitute. Unüberbrückbar stehen sie getrennt neben einander da, ein jedes für sich. In seiner eigenen Weise will deshalb jedes einzelne erklärt werden. So lässt sich dann aber auch hoffen, dass sich von dem buntgestalten Bild jene Grundsteine schliesslich scharf abheben, die in gradliniger Verlängerung auf das mittelalterliche Recht hinführen, das auf dieser weiten historischen Basis nun plötzlich nicht mehr unentwirrbar kaleidoskopartige Bilder uns zeigt, sondern in jeder einzelnen Erscheinungsform seine geschichtliche Wesenheit uns offenbart.

In diesem Zusammenhang beansprucht vor allem die Wadiation unser Interesse. Sicherlich kommt ihr eine haftungsrechtliche Bedeutung zu, augenscheinlich aber auch in ganz merkwürdiger Besonderheit, deren Erklärung wohl eigenartige Schwierigkeiten bieten muss. Bevor wir eine obligationenrechtliche Würdigung versuchen, sei zuerst in allgemeinerer Weise auf die Eigentümlichkeiten des langobardischen Pfändungsrechtes hingewiesen. Denn bereits hier setzen die Schwierigkeiten, wenn auch vorerst noch nicht nach der von uns letztlich verfolgten Richtung hin, ein.

Das Pfändungsrecht steht nach den langobardischen Quellen nicht jedem Gläubiger zu, sondern nur demjenigen, der sich auf eine vorgängige Wadiation berufen kann[1]). Dieser aber hat es ohne auf irgend eine Beteiligung von Seiten des Gerichts angewiesen zu sein[2]). In Bezug auf die nähere Ausgestaltung des Rechts sind die beiden Edikte Rotharis und Liutprands scharf auseinander zu halten. Das Ed. Roth scheint nur eine einmalige Pfändung gestattet zu haben, c. 245. Der Verfall des genommenen Haftungsobjektes ist dabei überhaupt noch nicht vorgesehen, c. 252[3]). Hingegen wird bestimmt, dass der Gefahrsübergang vom Gläubiger auf den Schuldner sich nach zwanzig (bezw. sechszig) Tagen vollziehe. Anders das Liutprandsche Recht. Der Schuldner wird ein erstes Mal gepfändet. Zwölf Tage lang trägt der Gläubiger die Gefahr des Zufalls, nachher der Schuldner. Zugleich erhält der erstere das ihm bisher nicht zustehende Nutzungsrecht. Liu. c. 108, 109. Und zudem darf derselbe eine zweite Pfändung vornehmen, c. 108. Et super habeat licentiam repignerare usque in secundam vicem, ut sint ipsa pignera in dubblo, quantum devitum ipse

[1]) Siegel, deutsches Gerichtsverfahren; Brunner, Rechtsgeschichte II 446; Wach, Arrestprozess 14; Heusler, Institutionen II 207; Stobbe, Z. f. R. G. XIII 223; Wodon, Forme et garantie dans les contrats 148; Horten. Personalexekution II 77. A. M. Sohm. lex Salica 53; Wilda, Z. f. d. R. I 195. Zu Liu 67 vergl. gegenüber Zöpfl Rechtsgeschichte III 294 Wach 15 f., mit durchschlagenden Erwägungen; Löning, Vertragsbuch 88 N. 1; Val de Lièvre, Launegild und Vadia 205 f.; Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte I 16, N 3.

[2]) A. M. Heusler II 236 zu Roth 245.

[3]) Abweichend nur Bethmann-Hollweg IV 367 und Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden 145. Vergl. die Glosse Lib. Pap. Roth. c. 252.

est. Die Pfänder verfallen nach dreissig resp. sechzig Tagen und zwar gleichzeitig die bei den beiden Pfändungen weggenommenen Objekte.

Die Bedeutung der verschiedenen Stadien dieses Verfahrens, insbesondere der zweimaligen Pfandnahme, ist streitig.

Wach[1]) weist darauf hin, dass schon durch die erste Pfändung der Gläubiger einen seiner Forderung vollkommen entsprechenden Vermögenswert erhalten habe, sodass er sich also nicht bloss um Sicherstellung oder, dürfen wir beifügen, um Zwang, sondern auch schon um Befriedigung handelt. Die Pfändung ist also bereits eine executivische. Es ist ein blosses Privileg für den Gläubiger, wenn ihm eine zweite Pfändung und auch noch ein weiteres Verfahren — wie dies tatsächlich der Fall ist — zugestanden wird. Aber aus dieser Erklärung ergibt sich — um zunächst nur dies Bedenken namhaft zu machen — dass das jüngere, das Liutprandsche Recht ungleich strenger und ungerechter ist als das ältere von Rothari, das nur eine Pfändung kannte, die doch der exekutiven Funktion genügt hätte. Es handelt sich also bei dieser Auffassung um einen Widerspruch mit der allgemeinen Richtung der geschichtlichen Entwickelung. Und dieser ist — als immerhin mögliche Reaktion — doch wohl nur anzunehmen, wenn zwingende Gründe dafür vorhanden sind. Aber gerade die Motive einer derartigen Gesetzgebung sind gar nicht zu ersehen. Sie bleibt uns also selbst ein Rätsel.

Löning vertritt die Auffassung, dass die Pfänder in erster Linie der Herbeiführung der geweigerten Leistung dienen. Der Schuldner soll zur Vornahme derselben bewogen werden. Indessen schon nach zwölf Tagen ändert diese Pfandnahme ihren Charakter. Der Gefahrsübergang ist Strafe für die nicht rechtzeitige Leistung und da diese Verzögerung andauert, tritt erneute Strafe ein: Pfandverfall. Die zweite Pfändung ist ein neuer Exekutionsakt. Derselbe Verlauf. Wiederum ändert sich der Charakter der Pfändung und führt zu Strafe, erweist sich also zur Herstellung des Rechts als unfähig. Erst das nachfolgende gerichtliche Verfahren führt zur Realisierung des Rechts

[1]) cit. S. 390 N. 1.

Löning muss dieses Verfahren folgendermassen charakterisieren (§ 95): Diese systemlose Weise des langobardischen Rechts führt somit schliesslich zur Realisierung des Rechts sowie zur Sühne der in dem rechtlich relevanten Zeitpunkt stattgehabten Rechtsverweigerung; allein diese Rechtsfolgen sind nicht an das Unrecht als solches geknüpft, sondern finden sich im Laufe des Verfahrens wie zufällig ein und bewirken ausserdem eine unbillige Überlastung des Schuldners, der infolge mangelhaften Exekutionsverfahrens dreimal leisten muss.

Aber bei dieser Auffassung, die wohl eine Erklärung der einzelnen Stadien gibt, ist immer noch nicht ein rechter Sinn für die Neuerungen des Liutprandschen Rechtes zu gewinnen. Dieses ist noch systemloser und unbilliger als das ältere Recht. Die Lösung liegt vielleicht in der Richtung folgender Erwägung[1]):

Das Recht Rotharis war ein sehr hartes. Der Schuldner wird gepfändet. Zahlt er nun nicht in kurzer Zeit, dann findet ein Strafverfahren statt, das ihm seinen ganzen Grundbesitz entzieht[2]). Und was eine solche Entziehung des Grundbesitzes im germanischen Altertum zu bedeuten hat, ist bekannt. Das Liutprandsche Recht ist um hundert Jahre jünger. Sollte es nun wirklich sich kein besseres Ziel für seine „Reform“ gewählt haben, als das so schon harte und unwirtschaftliche Recht noch härter und unwirtschaftlicher zu machen? Keine Kunde, die davon zu erzählen weiss! Und keine, die von einer plötzlichen, unerklärten und ungerechten Verschlechterung in der Lage der Schuldner berichtet. Begreiflich. Denn Liutprand versuchte gerade umgekehrt, das alte Recht zu reformieren, zu mildern. Dem Schuldner soll nämlich eine bedeutend längere Zeit hindurch auch die Möglichkeit zustehen, seinen Verpflichtungen nach-

[1]) An dieser Stelle brachte ich ursprünglich eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Auffassung des langobardischen Pfändungsrechtes als einer Stufenfolge von Pressionsmitteln zwecks Willenszwanges. Ebenso enthielten die beiden folgenden Kapitel derartige kritische Beschäftigungen mit dem Buche Hortens, das mich Wochen ja Monate lang aufgehalten hat. Nach reiflicher Überlegung ziehe ich aber diese Teile des Mannskriptes zurück. Ich beschränke mich auf die Verweise, wo sie nach den allgemeinen Grundsätzen am Platze zu sein scheinen, schliesse mich im übrigen dem Urteile Schreuers in K.V.J.Sch. 42 S. 325f. an.

[2]) Vergl. unten Kap. 2. Darauf hat übrigens gerade Horten nachdrücklich hingewiesen.

zukommen. Die Intromissio, wie wir sehen werden, Strafverfahren, soll möglichst vermieden werden. Aber dadurch wird die Position des Gläubigers erheblich[1]) verschlechtert. Und nun sehen wir im Edikte Liutprands einen interessanten Versuch, den Antagonismus der Gläubiger- und Schuldner-Interessen in gerechter Weise auszusöhnen Was dem Gläubiger genommen wurde, soll ihm möglichst wieder in anderer Weise gegeben werden. Zunächst braucht der Gläubiger den Schuldner nicht mehr dreimal zu mahnen, Liu. 15[2]). Ohne diese Verzögerung kann der Gläubiger zur Pfändung schreiten. Diese hat genau denselben Zweck, wie die eine Pfandnahme des Ediktes Rotharis, den Zweck, an welchen bei einer Pfandnahme überhaupt zunächst zu denken ist: das Pfand dient der Sicherstellung Auch soll es den Schuldner zur Erfüllung veranlassen. Doch: debitor non facit justitiam. Bisher erfolgte nun sofort Bestrafung. Jetzt ist die Sache geändert. Zunächst vollzieht sich der Gefahrsübergang nicht mehr erst in zwanzig resp. sechzig Tagen, sondern schon nach zwölf, und zudem wird ausdrücklich der Pfandgenuss gewährt. Doch die schuldnerische Leistung bleibt aus. Der Gesetzgeber sieht sich nun vor das Problem gestellt: Es soll einerseits nicht nur jedes voreilige Strafverfahren vermieden werden, sondern es ist andererseits auch dahin zu wirken, dass nicht der Schuldner zum Schaden des Gläubigers in infinitum mit der Leistung zuwarte. Und dies letztere wäre zu befürchten, wenn die Reform nur darin bestände, die Frist bis zur Intromissio zu verlängern. Verlängert wird sie. Damit erhöht sich aber auch die Gefahr für den Gläubiger, nicht zu seinem Rechte zu gelangen[3]). Hier

---

[1]) Umsomehr als aus der Intromissio der Gläubiger oft vielmehr erhalten haben muss, als ihm geschuldet worden

[2]) Man vergl. zu der vielumstrittenen Stelle Horten II 71f. Ebenso schon Esmein, Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français 94. Dreimalige Aufforderung auch nach Löning S. 93. A. M., doch von andern Erwägungen, als sie hier vertreten, ausgehend Bethmann-Hollweg V 330 N. 8. Eine andere Erklärung von Liu. 15 gab Wilda Z. f. d. R. S. 203: Reaktion gegen die fränkische, dem Pfändungsrecht abholde Gesetzgebung.

[3]) Dabei trifft folgende Erwägung genau die Auffassung des langobardischen Rechts: Wir stehen in der Periode der Naturalwirtschaft, also in einem Wirtschaftssystem, in welchem der Gläubiger, welcher eine bestimmte Sache oder Leistung zu fordern berechtigt war, in ganz anderer

hilft das neue Recht dadurch, dass es noch einmal eine Pfändung gestattet. Die erste, resp. der Pfandgenuss aus derselben, mag den Gläubiger schadlos halten für die erst jetzt durch das Gesetz ermöglichte Verschleppung und die ihm dadurch bereitete Inkonvenienz und die neue Pfändung gebe ihm — bei der erhöhten Gefahr — eine neue Sicherstellung. Nach Ablauf einer neuen Frist von dreissig resp. sechzig Tagen ist nun lange genug gewartet worden. Es ist wahrscheinlich, dass der Schuldner seiner Verpflichtung überhaupt nicht mehr nachkommen kann oder will. Jetzt soll das alte Strafverfahren eintreten. Und dabei nun verfallen die Pfänder, dies nur als natürliche Folge des ganzen Systems. Der Bestimmung von Liu. 108: Et si per triginta dies pignera ipsa debitor aut fideiussor recollegere neglexerent, si in Neustria aut in Austria fuerent, amittat ipsa pignera et non habeant facundiam requirendum, kommt in erster Linie die Bedeutung zu, nicht den Verfall, sondern die Fristen festzusetzen. Nun ist die Frist abgelaufen. Nun — so ist zu ergänzen — tritt das Strafverfahren ein[1]). Da aber dieses den Gläubigern sogar Eigentum an den Liegenschaften gewährt, so dass sie schon daraus mehr als das Geschuldete erhalten, möge die Fahrhabe behalten, wer solche gepfändet hat. Dies vereinfacht das Verfahren. Ja, selbst jene Erwägungen, aus denen heraus später dem ersten Pfandnehmer fast allgemein ein mehr oder weniger weitgehendes Vorrecht vor den nachfolgenden zugebilligt wurde, mögen mitgespielt haben. — Dass es sich aber nicht um exekutive Befriedigung des Gläubigers handelt, zeigt schon der Wortlaut der angeführten Stelle. Sie ist nur negativ: Der Schuldner soll nicht mehr ein-

Weise gerade an dieser Sache oder Leistung interessiert war als in späteren Zeiten. „Nur mit ihnen war ihm in Wirklichkeit gedient, und ein Ersatz in Geld hatte, auch wenn er möglich gewesen wäre, für ihn untergeordneten Wert, geschweige denn ein Ersatz in Gestalt irgend anderer gepfändeter Gegenstände. So erschien der Schuldner dem Gläubiger in viel bestimmterer Weise auf den Inhalt der Obligation verpflichtet, und wenn er nicht leistete, verletzte er die Interessen des Gläubigers in einer Art, die keine Schadensersatzleistung wirklich heilen, sondern nur eine Strafe sühnen konnte." Huber, Schweizer. Privatrecht IV 844. Deshalb hat allerdings Löning Recht, wenn er im Verfall eine Bestrafung des Schuldners erblickt.

[1]) Eben die intromissio, auf welche wir noch zu sprechen kommen werden.

lösen können. Realiter war damit allerdings ein Beitrag zur Satisfaktion gegeben. Aber eben nur ein Beitrag. Denn die lange Säumnis des Schuldners ist eine Vertragsverletzung, die nur noch strafrechtlich gesühnt werden kann.

Eine selbständige Funktion kommt also dem Pfandverfall schon nicht mehr zu. Sondern er nimmt diejenige der intromissio auch als die seinige an: Die Frist, die mit der Pfändung zu laufen beginnt, ist abgelaufen. Der Gläubiger ist solange sichergestellt. Jetzt aber tritt Bestrafung ein und zwar eben durch die intromissio und — durch den Pfandverfall. Die Auffassung ist durchaus analog derjenigen einer Pfandsatzung als Strafgeding.

Und diese Auffassung ist diejenige der Quellen. Bei dem kurzen Verfahren des Rotharischen Rechts warf die Strafsanktion schon dadurch ihre Schatten voraus, dass hier schon der Gefahrsübergang als Strafe galt. Ed. Roth 252. — — Si infra istos dies viginti quis ille pignum suum iustitiam faciens et debitum reddens non liberaverit, et post transactus viginti dies contigerit ex ipsum pignus mancipium, aut quolebet piculium mori aut humicidium, aut damnum facere aut alibi transmegrare tunc debitor in suum damnum repotet, qui pignora sua liberare neclexit etc.

Dieselbe Funktion hat nun auch der Verfall der Pfänder aus beiden Pfändungen im Rechte Liutprands. Aus einigen unter sich ähnlichen Formeln nennen wir nur die eine:

Form. ad. Ed. Liupr. 108: P., te appellat Martinus, quod tu pignerasti eum in uno suo caballo domito, qui valebat solidos 100. — Propter hoc te pigneravi quo tu debes michi dare solidos 100. — Tene tuos denarios, et redde mihi meum caballum. Non reddam, quia transacti sunt 30 dies. Es ist Pfandhaftung eingetreten. Nach einem allgemeinen Grundsatz des germanischen Mobiliarpfandrechts befreit dies den Schuldner von der Vermögenshaftung, soweit sie überhaupt bestanden hat[1]). Und doch beeilt sich der Schuldner noch nach dem Pfandverfall, die Schuld zu bezahlen — in letzter Stunde, vor Durchführung des Strafverfahrens. Diese Erscheinung findet keine befriedigende Erklärung, wenn man annimmt, die Pfänder seien eine datio in

[1]) Worüber sofort zu handeln sein wird.

solutum, eine eventuelle Zahlung, dergestalt, dass es nur noch vom Schuldnerwillen abhänge, ob er das Pfand auslöse und die wirkliche Erfüllung an Stelle der Pfänder setzen wolle. In der Zeit der Naturalwirtschaft habe die Pfandgabe nur provisorische Barleistung sein können. Der Gläubiger sollte jetzt sofort etwas erhalten, was ihm das Geschuldete direkt und vollkommen ersetzte, dieses provisorisch Gegebene sollte, wenn der Schuldner es nicht löste, die definitive Leistung werden und bleiben.

So richtig diese Auffassung für andere germanische Rechte[1]) ist, für das langobardische Recht trifft sie unmöglich zu. In aller nur wünschenswerten Deutlichkeit lässt dasselbe ersehen, dass der Schuldner nach wie vor leisten muss. Denn für den Unterlassungsfall steht im Hintergrund die Sühne, die Sühne für das Unrecht, das im Nichtleisten liegt. Dieses erhält strafrechtliche Sanktion.

Doch bevor wir diese betrachten, müssen wir einer anderen Frage nähertreten: Worin liegt der ursprüngliche Sinn der langobardischen Wadiation? Welche Funktion kommt ihr zu? Im wesentlichen ohne Zweifel die nämliche wie der fränkischen Fidesstipulation. Aber worin diese beiden gemeinsame Bedeutung bestehe, darüber gehen die Ansichten sehr weit auseinander. Doch darf als herrschend die Meinung bezeichnet werden, die vor allem Sohm[2]) vertreten hat. Nach ihm handelt es sich bei der Wadiation bekanntlich[3]) um den Formalvertrag des germanischen Rechts, der im Gegensatz zum Realvertrag überall zur Anwendung gelangt, wo eine Gegenleistung von Seiten des Gläubigers nicht stattzufinden hat. Die Wadia (Wette) ist rechtsnotwendige Formvoraussetzung für die Verbindlichkeit des ohne Gegenleistung gegebenen Versprechens. Sie macht die Willenserklärung zur bindenden[4]).

---

[1]) Heusler, Institutionen II 132.

[2]) Process der lex Salica 2f., 18f. Recht der Eheschliessung 34f., 46. Ferner Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I S. 35f., 223, 249. Bethmann-Hollweg IV 474. Stobbe, Z. f. R. G. XIII S. 214f. Glasson Histoire du droit et des institutions de la France III 1229. Esmein, Etudes 70f.

[3]) Wir verweisen auf die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten über Wadiation und Treugelöbnis bei Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis S. 1f.

[4]) So auch Wodon, La forme et la garantie dans les contrats francs 1893 S. 200f. Doch soll das Urteilserfüllungsgelöbnis der einzige Formalvertrag gewesen sein. Also wie Behrend, Festgabe für A. W. Heffter 81f.

Gemäss dem gemeinrechtlichen Obligationsbegriff wird dabei nicht zwischen Schuld und Haftung unterschieden. Nachdem uns aber diese begriffliche Unterscheidung wieder zurückgewonnen ist, erheischt auch die bisherige Ansicht über die Bedeutung des Wadiaformalismus eine Revision. Für das mittelalterliche Treugelöbnis hatte sich ergeben, dass es der Begründung der Haftung diente. In vorzüglicher Weise liess sich auf Grund dieser Erkenntnis auch eine Erklärung der Form gewinnen, in welcher das Treugelöbnis abgegeben zu werden pflegte. Es erschien deshalb naheliegend, der Wadiation die nämliche Funktion zuzuweisen. Es rechtfertigte sich dies schon durch die Erkenntnis, dass die Haftung Einräumung einer Machtbefugniss bedeute. So liess sich hoffen, die Form der Wadiareichung in genau derselben Art und Weise befriedigend erklären zu können, wie dies beim Treugelöbnis der Fall gewesen. In der Tat hat denn auch Puntschart bereits wiederholt[1]) die Ansicht geäussert, die Wadiation sei wie das mittelalterliche Treugelöbnis der Vertrag zur Begründung der persönlichen Haftung. Wir harren der Ausführungen, die Puntschart darüber in Aussicht gestellt hat. Wir wollen denselben nicht vorgreifen. Aber die Zusammenhänge der vorliegenden Untersuchungen zwingen uns doch, schon jetzt zu bemerken, dass sich uns aus den Quellen ein anderes Bild von der haftungsrechtlichen Bedeutung der Wadiation ergeben hat.

Allerdings konstatieren gerade die langobardischen Quellen ausdrücklich, dass durch die Wadiation die Haftung begründet werde. Wenn wir infolgedessen einmal die Begründung der obligatio personae durch den Akt der Wadiareichung als erwiesen annehmen wollten, so wäre doch nicht zu verkennen, dass die Zuweisung dieser Funktion die Bedeutung der Wadiation zum allerwenigsten nicht erschöpfend charakterisierte. Es kann doch gar nicht ausser acht gelassen werden, dass die Quellen nicht nur die Herstellung der Haftung, sondern auch die Begründung des Schuldverhältnisses von der Wadiareichung ab-

[1]) Schuldvertrag und Treugelöbnis 279, 284, 375f., 400f., 429 N. 5, 439 N. 3, 441 N. 5, 462 N. 2, Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechtes 1900, S. 120.

hängig machen[1]). Und auch in der Folge repräsentiert die Wadia die Schuld. Der Betrag der letzteren bezeichnet nach dem allgemein üblichen Sprachgebrauch den Wert der ersteren. Um die Wadia wird gestritten, wenn die Schuld in Frage steht. Ohne jene kann diese nicht geltend gemacht werden. Sie repräsentiert die Schuld. Man gibt die Wadia, damit man schuldet. Unde guadia dedimus ut debeamus[2]). Aus diesem Formalakte ergibt sich die Verpflichtung zum Leistensollen. Quicumqui homo — wadia dederit — in omnibus complere debeat[3]). Und nicht weniger diejenige des Haltensollens. Die letztere heisst geradezu manere in guadia[4]).

Auf diese Seite des Wadiationsrechtes ist hier des Näheren nicht einzugehen. Es ist aber einleuchtend, dass das Hinzutreten dieser Funktion das genetische Problem desselben ganz ausserordentlich kompliziert und den Spielraum für hypothetische Erklärungsversuche in ungeahnter Weise verengt. Ebenso lässt dieser Umstand die Theorie, wonach die Wadiareichung die Haftung begründe, zum mindesten als zu eng erscheinen.

Richtig ist freilich, wie schon gesagt, dass nach dem Wortlaut der Quellen aus der Wadiation eine Obligation entsteht. Und mehr noch: diese Obligation soll eine persönliche sein. Denn immer wieder begegnen wir der Wendung se obligare per wadia[5]).

Aber trotzdem erheben sich auch nach dieser Richtung hin die ernstesten Zweifel. Zum Wesen der persönlichen Haftung gehört es, dass sie dem Gläubiger ein Klagerecht gegen den Schuldner gibt. Eine Klage stand nun aber — wir werden noch darauf zurückkommen — unmittelbar aus der Wadiation ursprünglich niemandem zu. Dazu bedurfte es anderer Voraussetzungen. Und das andere Bedenken von

[1]) Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 2. Aufl. § 49 S. 186f.; Huber IV 831; Schreuer, K. V. J. S. Bd. 42 S. 331; Schröder R. G. S. 289f, 295, 296, 730 v. Amira, Grundriss 186f. A. M. v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus 1898 S. 4, 14, 14. Puntschart. 449, 490, insb. 404 N. 1.

[2]) Cod. Cav. 126.

[3]) Liu. c. 15.

[4]) Cod. cav. N. 126, N. 11.

[5]) Vollständig jedoch: per wadia et fideiussores und diese Ausdrucksweise allein schon muss manchen Bedenken rufen.

prinzipalster Bedeutung: Eine Personalobligation muss grundsätzlich die Basis für ein ziviles Satisfaktions- und Ersatzverfahren abgeben. Aus der Obligation die Exekution. Aber auch dieses Requisit der persönlichen Haftung fehlt dem Wadiationsrecht. Dieses führt anerkanntermassen nur zu einem Sicherungsverfahren, zur Herstellnng einer speziellen Sachhaftung, wobei diese ursprünglich nach allem, was wir wissen, darauf angelegt ist, im Nichtbefriedigungsfall einfach weiter zu dauern. M. a. W. Das Verfahren aus der Wadiation ist ganz wesentlich nur Zwangs- und Sicherungsverfahren[1]. Damit wird im Erfolge freilich dem Gläubiger auch ein Ersatzobjekt gegeben. Aber auf „Ersatz und Genugtuung" ist das Verfahren zunächst gar nicht angelegt. Gerade die langobardischen Quellen gewähren uns nach dieser Richtung hin einen tiefen Einblick. Sein Pfändungsrecht ist als Ersatzverfahren gar nicht zu erklären. Und noch weniger eine pönale Sanktion, nachdem der Gläubiger schon Pfänder hat, die ihm doppelten Ersatz zu bieten vermögen. Indessen treffen diese grundsätzlichen Erwägungen auch zu, wo diese eigentümlich langobardischen Vorstellungen nicht hineinspielen. Sie verbieten doch wohl die Ansicht, die Wadiation habe der Begründung der „persönlichen" Haftung gedient.

Es muss aber auch bemerkt werden, dass mit der Einsicht, die Wadiation stelle die persönliche Haftung her, alte Rätsel doch noch Rätsel blieben und alte Fragen nach wie vor vergeblich der Lösung harrten. Der Fomalapparat des Wadiierungsaktes wäre doch damit noch nicht erklärt. Insbesondere müsste es aber schwierig sein, diese persönliche Haftung ihrem Inhalt nach genetisch zu erklären. Denn dieser Inhalt bestände doch ausschliesslich in dem Recht des Gläubigers zur Pfandnahme, zur Herstellung der Sachhaftung. Denn dass dies das Recht ist, das die Wadiation dem Gläubiger verschafft — darüber lassen die Quellen keinem Zweifel Raum.

Liu. 15: Quicumque homo — — w a d i a d e d e r i t — — in o m n i b u s c o n p l e r e d e b e a t. Et si distolerit et pigneratus

---

[1]) Es ist eine „Tvangsforanstalting". Kier, Edictus Rotari, Koppenhagen 1898, S. 60. Übrigens ist den methodologischen Bedenken, welche Pappenheim in der Z. f. R. G. diesem Buche gegenüber wiederholt geäussert hat, doch sicher beizustimmen.

fuerit in his rebus in quibus lecitum est pignerandi, nulla calomnia qni pigneravit patiatur. Cod. Cav. No. 11 a. 821: Et ipsa convenientia firma et stabilis permaneat in eadem guadia et per districtum mediatorem, qui tribuit nobis ad pignerandum omnia sua pignora tamdiu donec per invitis adimpleat nobis omnia. Ebenso No 21 a. 842 — — mediatorem, qui se tribuit vobis ad pignerandum omnia pignera sua legitima. Ferner No. 22, No. 26. No. 91 a. 882: Unde wadia tibi dedit et mediatorem tibi posuit. — — Et si exinde in pignerationem beneritis, antipono me ego qui supra debitor similiter antiposui tibi fideiussori triplo pigno de omnia rebus legitima, ut licentiam habeatis prindere et tradere in manu creditori nostro usque dnm sit bena iustitiam. — No. 100 a. 884 — — per ipsa guadia obligavit se et mos eredes ut — — et apposuit se ad pignerandum omnis causam suam etc. und wiederum in der Folge: et ipse riso apposuit se nobis ad pignerandum omnis causam suam. No. 126. Unde guadia tibi dedimus et mediatores vobis posuimus — et in antea facimus nos et contenti per inbitis maneamus iu eadem guadia et per districti ipsi mediatores, qui se tribuimus vobis ad pinnerandum omnia illorum pinnera legitimam et inlegitimam: tamdiu donec per inbitis adimpleamns vobes ea etc. Ganz besonders aber vergl. Form ad. Liutpr. 15: — non debnisti me pignerare propter ipsa vadia quia etc. Form ad. Liu 107 propter hoc te pigneravi, quia tu fuisti meus fidejussor de uno vadio; ad 108 — quod tu debes mihi dare X sol. und öfter, wozu man noch vergl. Ed. Roth. tit. ad c. 245: De pignerationibus et devitas.

Diese nnd zahllose andere Stellen machen es zweifellos, dass die eigentümliche Wirkung der Wadiation darin besteht, dass der Gläubiger das Pfändungsrecht an den Mobilien des Schuldners, die deshalb von vorneherein schon pignora genannt werden, erhält[1]).

Das ist das uns tatsächlich Gegebene. Hält man sich strenge an dasselbe, so kann man die Folgerung doch wohl nicht abweisen: „Man haftet aus der Wadiation nicht persönlich.“ Sondern haftbar wird die schuldnerische Fahrhabe. Diese wird

[1]) Vergl. Horten II 83 f., Excurs 192.

symbolisiert durch die Wadia, die ein Teilstück derselben ist. Mit der Reichung dieses Teils will man die Unterwerfung des Ganzen, dem dieser Teil angehört, also des schuldnerischen Mobiliarbesitzes[1]).

Ist eine solche Rechtsbildung überhaupt möglich? Es ist immer gefährlich, aus doktrinären Erwägungen heraus, der Vielgestaltigkeit des Lebens mit einem Unmöglich entgegenzutreten. In der Tat stehen keine begrifflichen Erwägungen dieser Auffassung entgegen. Es haftet eine Fahrnisgesamtheit. Diese wird als solche durch den Besitz von seiten einer bestimmten Person umschrieben. Nur an diesem einen Punkt spielt das persönliche Moment hinein, und auch hier nur in dem realistischen Sinne, dass durch den Besitz des Schuldners dessen eigene Herrschaft über die Sachen zum Ausdruck kommt, über welche eigene schuldnerische Herrschaft hinaus das Recht des Gläubigers auch nicht gehen kann. Sie zeichnet den Kreis der Haftungsobjekte, die aufhören, solche zu sein, wenn sie ausserhalb dieses Kreises geraten. Nur der äussere Umfang der Haftung wird darnach durch den Besitz gekennzeichnet. So will es das sachenrechtliche Formalprinzip. Aber sachenrechtlicher Boden ist es, auf dem wir uns hier bewegen.

Wohl geht eine andere Meinung dahin, in diesem Pfändungsrecht finde eine „persönliche Haftung" ihren Ausdruck. Aber es sei einmal von den oben genannten Bedenken abgesehen — das darf man sich dann nicht verhehlen, dass der Begriff der persönlichen Haftung sich auf diese Weise ganz ausserordentlich verflüchtigt, dergestalt, dass nunmehr heterogene Rechtsbildungen unter ihn fallen. Denn der aus dem Wadiationsakte sich ergebende Rechtszustand ist so grundverschieden von der persönlichen Obligiertheit, wie sie sich uns weiter unten ergeben wird, dass es nicht gelingen will, in diesen Gebilden eine einziges Institut oder einen Zusammenhang des Ursprungs zu erkennen. Und das wäre natürlich notwendig, sollte der Begriff der Personalobligation gewahrt bleiben und sich nicht in ein leeres Wort verflüchtigen.

Die Haftung aus der Wadiation ist keine persönliche[2]).

[1]) In formeller Übereinstimmung mit Horten II 89.

[2]) Entsprechend ist aber auch die germanische Bürgschaft zu betrachten. Der Einfachheit halber sprechen wir im Text immer nur vom

Die Fahrhabe ist es, die haftet, und was die Wadiareichung in haftungsrechtlicher Beziehung bedeutet, ist nichts anderes, als die Konstituierung einer generellen Mobiliarhypothek. Der einzelne Gegenstand, der aus der Gesamtheit herausfällt, haftet nicht mehr — wie dies in der späteren Generalobligation auch nicht der Fall ist. Und die Haftung hat auch nur den einen Sinn und Zweck: Grundlage für eine eventuell herzustellende intensivere spezielle Sachhaftung zu sein. Und leicht kippt in der Tat das Verhältnis, das auf Grund der Wadiation bis zur Pfändung besteht, in diese engere Sachhaftung um. Ausgesprochen tendiert es dahin — und verrät damit auch sein Wesen und sein Werden. Wie ein Provisorium erscheint, was der Pfandnahme vorausgeht und als das Hauptsächliche und Ursprüngliche, was ihr nachfolgt, d. i. das Faustpfandrecht.

Damit sehen wir uns vor die Aufgabe gestellt, eine *Erklärung für die Entstehung dieser germanischen Hypothek*[1]) zu geben. Diese Aufgabe wird dadurch noch präzisiert, dass die *Erklärung zugleich den Formalismus der Wadiation verständlich zu machen* hat. Denn augenscheinlich stehen Form und Inhalt in innigstem Konnex. Und endlich kompliziert sich das Problem, wie wir schon angedeutet haben, noch durch den Umstand, dass auch das *Schuldverhältnis* einbezogen werden will und dass auch dieses seiner Entstehung und Geltendmachung nach im Rahmen des Wadiationsrechtes seine Erklärung finden soll.

Schuldner. Zunächst aber setzt überall der Bürge sein Mobiliarvermögen ein. Es treffen diesbezügl. alle Erwägungen zu, die wir im Texte anstellen. Die Schwierigkeiten der Erklärung der germanischen Bürgschaft liegen nicht in den Objekten der Haftung, sondern in dem Umstand, dass die Wadiation ursprünglich stets eine — in Wirklichkeit also sächlichen — Bürgschaft durch Dritte, eine Haftung fremden Vermögens vermittelt. Darauf ist aber hier nicht einzugehen. (Vergl. jedoch noch unten Kap. IV sub C).

[1]) Wobei insbesondere die Eigentümlichkeit, dass sie nur die Funktion hat, Grundlage für eine faustpfandliche Haftung, nicht etwa unmittelbar für ein Ersatz- und Genugtuungsverfahren zu sein, ihrer Erklärung harrt; denn gerade angesichts dieser Eigentümlichkeit muss man sich immer wieder fragen: wie ist dies Gebilde als persönliche Haftung vorstellbar? Die besagte Wirkung der Pfändung, welche also nicht Eigentum verschafft, ist um so beachtenswerter, als sie ja eine fast allgemeine Erscheinung des germanischen Rechtes ist, also auch des nordgermanischen. Vergl. v. Amira nordgerm. Obl. R. I. § 34, II S. 256.

Bei dieser Problemstellung ist uns der Weg doch wohl eng und scharf vorgezeichnet. Geradezu zwingend weist sie auf die Theorie Heuslers und Frankens zurück, der nunmehr eine erhöhte Bedeutung zukommt.

Nach drei Richtungen hin haben sich uns aus der Betrachtung des germanischen Rechtes, soweit es sich aus den Quellen erkennen lässt, grosse, weittragende Postulate ergeben — für die Schuld, ihre Konstituierung und Geltendmachung, für die Haftung in ihrer merkwürdigen Sächlichkeit und für den Formalismus. In geradezu überraschender Weise leistet die herangezogene Theorie, die wir bereits dargelegt haben[1]), den Anforderungen, mit welchen wir an sie herantreten, Genüge. Durch sie wird die ganz eigenartige Funktion der Wadia im Schuldrecht erklärt. So gibt sie denn auch die Grundlage ab zum Verständnis der Geschichte der Urkunde. Ebenso führt diese Theorie aprioristisch notwendigerweise zu einem solchen Haftungsrecht, wie wir es tatsächlich in den Quellen vorfinden. Wir haben bereits früher konstatiert, dass diese Deduktion nicht zu einer persönlichen Haftung führt und Heusler anerkennt dies denn auch ausdrücklich. Nun stellt sich heraus, dass diese persönliche Haftung auch gar nicht existiert. Was vorhanden ist, ist eine provisorische Mobiliarhypothek, wie sie gerade durch die Ausbildung des interimistischen Pfandes zur Anerkennung gelangen musste. — Die volle Schlüssigkeit der Frankenschen Deduktion mögen noch später zu nennende Erwägungen dartun. Hier ist nur noch darauf aufmerksam zu machen, dass dieselben haftungsrechtlichen Vorstellungen wie der langobardischen Wadition, auch der fränkischen Fidesstipulation zu Grunde liegen: Aus der Festucareichung die Mobiliarhypothek und das Pfändungsrecht zwecks Herstellung eines Faustpfandverhältnisses. Wir müssen es uns freilich versagen, diese Verhältnisse näher darzustellen und insbesondere auf die Probleme, die sich aus tit. 50 ergeben, einzugehen. Wir können uns um so eher kurz fassen, als uns in den letzten Jahren eine Erklärung gegeben wurde, die vollauf geeignet erscheint, die Lösung des grossen Problems zu bieten.

[1]) Oben S. 57 f. Heusler, Institutionen I 79, II 240.

Es wird sich das am besten erweisen lassen, wenn wir uns zunächst die Schwierigkeiten allgemeiner Natur vergegenwärtigen, die l. Sal. tit. 50 den bisherigen Erklärungen entgegenstellte. Nach Sohm und, um nur die Neuesten zu nennen, nach Wodon und Kleinfeller [1]) soll die aussergerichtliche fidesstipulation zum Verfahren aus tit. 50, 1 und 2 und zur aussergerichtlichen Pfandnahme, die gerichtliche fidesstipulation hingegen zum Verfahren aus tit. 50, 3 und 4 und somit zur gerichtlichen Pfandnahme führen. Darnach kommen der fides facta bestimmte Beziehungen zur Form der Vollstreckung zu, und diese Beziehungen bezw. Folgewirkungen sollen nun grundverschieden sein bei der gerichtlichen und bei der aussergerichtlichen Wadiation. Das liesse [2]) darauf schliessen, dass dieses fidem facere trotz der gleichen Förmlichkeit offenbar ein ganz verschiedenes sei, je nach dem Ort der Vornahme, und dass es jedenfalls bei diesen so verschiedenen Wirkungen der einen und der andern fides facta unmöglich wäre, eine Ableitung des einen aus dem andern Rechtsgeschäft anzunehmen, bloss wegen der Übereinstimmung der Form. Diese wäre also zufällig. Wenn beispielsweise Wodon [3]) das Urteilserfüllungsgelöbnis als den ersten Formalvertrag bezeichnet, so ist seiner nachfolgenden Behauptung, aus jenem hätten sich die übrigen Verträge entwickelt, von vorneherein der Boden entzogen, wenn er diesen letztern ganz andere Rechtswirkungen beilegt als der gerichtlichen fides facta. Und ebenso will die Einheitlichkeit des Formalkontraktes bei Sohm nicht glaubhaft erscheinen, in Anbetracht dieser grundverschiedenen Wirkungen. — Demgegenüber muss, wenn die Entstehung der einen Fidesstipulation

---

[1]) K. V. I. S. 218 f, wo Kleinfeller darauf aufmerksam macht, dass auch der neueste Versuch, nämlich derjenige Hortens, die Einheitlichkeit von tit. 50 nachzuweisen, nicht gelungen ist.

[2]) Darauf weist Horten mit Recht hin I. 26. Um so bedenklicher erscheint, dass Horten auf den Vorschlag Brunners nicht eingeht, der doch von all diesen Schwierigkeiten und Bedenken nicht getroffen wird. Gerade Hortens Kritik zeigt die grosse Bedeutung der Brunner'schen Auffassung, die schon darum erhöhte Berücksichtigung verdient hätte, weil sie neu und von der Kritik noch nicht genauer gewürdigt worden war. Statt dessen erfahren wir, dass Brunner eine „Mittelmeinung" aufgestellt habe. I. S. 35 N.

[3]) Forme et garantie S. 36.

aus der andern auch nur wahrscheinlich gemacht werden kann, die Annahme eines verschiedenen „Vollstreckungverfahrens“ für beide Fälle sofort auf lebhafte Zweifel stossen. Horten sucht nun nachzuweisen, dass die fides facta als gerichtliche zur Entstehung gelangt sei und dass sie sich von der Malstatt in den Privatverkehr verpflanzt habe, mit ihrer solennen Form natürlich auch ihr „exekutorischer“ Charakter. Aber selbst, wenn diese Annahme richtig wäre — was nicht bewiesen und nicht beweisbar ist — dürfte die Erwägung, dass die einheitliche Entstehung beider Arten der Fidesstipulation auch ein einheitliches Realisationsrecht bedinge, nicht dahin ausgelegt werden, also müsse das Pfändungsverfahren ein gerichtliches sein. Demnach wäre dies die ursprüngliche Weise der Pfandnahme gewesen, welchem Schlusse von vornherein widerspricht, was wir von der Geschichte des Pfändungsrechtes wissen[1]).

Es ist also nicht nur denkbar, sondern auch innerlich wahrscheinlich, dass jede Wadiation, oder richtiger, die ihrem Wesen nach eine und einzige Wadiation ursprünglich zur aussergerichtlichen Pfandnahme geführt habe. Damit setzt denn auch Brunners Erklärung von l. Sal tit. 50 ein. Darnach schliesst 50,3 nicht an 50,2 an, sondern 50,3 und 4 bilden eine Novelle, die an 50,1 anknüpft. Die Einleitungsworte von 50,3 nennen die tatsächlichen Voraussetzungen des neuen Verfahrens und diese sind keine anderen als diejenigen von 50,1. Dem Gläubiger stehen nunmehr zwei Wege alternativ zur Verfügung: gräfliche oder Selbstpfändung. Dabei wird sowohl dort wie hier fidesfacta vorausgesetzt — ob gerichtliche oder aussergerichtliche ist in beiden Fällen gleichgültig.

Bei dieser Erklärung entfallen die angedeuteten Bedenken. Nichts widerspricht der Annahme von der Wesensgleichheit der gerichtlichen und der aussergerichtlichen Wadiation. Und doch gibt es zwei Verfahren. Und die Anerkennung derselben im Sinne Brunners erhellt einen bedeutsamen historischen Entwickelungsprozess.

Ursprünglich gab es nur eine aussergerichtliche Pfandnahme. Bei derselben werden wohl stets Zeugen, die zugleich als Schätzungsleute[2]) funktionierten, zugegen gewesen sein:

[1]) Vergl. ausser Brunner cit. Wodon 174, Esmein 93.

[2]) Sohm. Prozess 24f.

testes vel illi qui praecium adpreciare debent. Hingegen war ursprünglich die richterliche Erlaubnis nicht nötig. Bald jedoch erwies sich dies Erfordernis als dringend wünschenswert[1]. Deshalb nunmehr das nexti canthichio und ferner die drei Mahnungen, die in dieser Zahl und in ihren bestimmten Fristen sich auch nur allmählich werden Anerkennung verschafft haben. Gegen all das eine notwendige Reaktion: Aus 50,2 spricht der tätige Antagonismus der Gläubiger- und Schuldnerinteressen: Gut, die richterliche Erlaubnis werde eingeholt, der Schuldner werde gemahnt und Fristen seien ihm gewährt, aber — ut nulli alteri nec solvat nec pignus det solutionis nisi ante illi impleat quod ei fidem fecerat[2]. Nach dem Ablauf der Fristen schreitet der Gläubiger zur Pfändung. Dass er selbst dieselbe vornimmt, charakterisiert eben dieses Verfahren als das ältere. Es führt zu demselben Rechtszustand wie die langobardische pigneratio: es wird auf Grund der Festucareichung und -hinnahme die spezielle und faustpfandliche Sachhaftung hergestellt. Als Haftungsobjekte dienen die Pfänder zu Pfand und Sicherung[3].

Erst später wurde durch königliches Gesetz — tit. 50,3 und 4 — festgestellt, dass der Gläubiger statt selbst zu pfänden, den Grafen anrufen könne. Aber die Pfändung, die dieser vornimmt, ist eine andere. Sie bringt dem Gläubiger Eigentum an den gepfändeten Sachen.

Erst jetzt kann, genau besehen, von einer Vermögenshaftung im Sinne der mittelalterlichen obligatio generalis gesprochen werden. Denn erst jetzt dient die bewegliche Habe in unmittelbarer Weise zur Sicherung als Ersatzobjekt, an welchem der Gläubiger durch Aneignung sich Schadens erholen kann. Der Rechtszustand ist also ein positiv neuer. Aber er schliesst insoweit an den früheren an, als die Haftung durchaus die Sachen zum Objekt hat. Die W a d i a t i o n s c h a f f t n a c h w i e v o r nicht eine obligatio personae, sondern e i n e o b l i g a t i o r e i, e i n e o b l i g a t i o b o n o r u m.

Übrigens verrät das neue Verfahren durch seine ganze Ausgestaltung seinen Charakter als einer Abspaltung der Fried-

[1] Seuffert: Recht, Klage, Zwangsvollstreckung bei Grünhut XII 620.

[2] Sohm, Prozess 20 N. 4; Bethmann-Hollweg IV 26 N. 5 a. m.; Löning 32.

[3] Brunner R. G. II 450.

losigkeit. Dazu tritt uns in tit. 50 — auch schon in dessen erstem Teil — noch ein pönales Element entgegen, die Bussen. Und wieder drängen sich die Probleme hervor, die sich schon bei Betrachtung des langobardischen Rechts erhoben haben [1])

[1]) In unserer Darstellung ist die Bezeichnung Wadiation bevorzugt. Der fränkische Ausdruck für dieselbe Sache ist bekanntlich Fidesstipulation, fidem facere. Dass dieser Name allein es nicht rechtfertigt, hier ein eigentliches haftungsrechtliches Treugelöbnis anzunehmen, war in der Literatur i. A. nie verkannt worden. Sehr wahrscheinlich ist diese Ausdrucksweise in unmittelbarer Anlehnung an den römischen Sprachgebrauch entstanden. Denn auch die Römer hatten ihr fidem facere, ihr fidem spondere. Auf die Möglichkeit dieser Herkunft der fraglichen Ausdrucksweise in den germanischen Quellen hat u. W. zuerst Brunner hingewiesen, Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde S. 222 N. 9. Diese Annahme erweist sich mehr und mehr als zutreffend, vergl. jetzt auch Siegel, Handschlag und Eid 76 N. 2; Puntschart 301 N. 3, auch 308 N. 2, ferner Summaria Cod. Theod. antiqua lib. XII, tit. 6, c. 5: si fide dicentium fidem fecerint, nebst a. m. cit. von Tamassia, fidem facere, im Archivio giuridico 1903, Bd. 70, S. 367 f.

2. Kapitel.

Vertragsbruch und strafrechtliche Haftung des Schuldners.

Die Ableitung der Wadia, die wir gegeben, führt einerseits zur Annahme einer vorgeschichtlichen Entwickelungsperiode, in welcher das Verkehrsleben sich im Rahmen der Bar- und Realverträge bewegt haben muss. Diese Annahme ist keineswegs ohne innerer Wahrscheinlichkeit. Andrerseits erscheint jene Ableitung wohl geeignet, ja ist u. E. allein geeignet, die volksrechtlichen Zustände zu erklären. Doch nach beiden Richtungen hin bedarf die bisherige Darstellung der Ergänzung. Weder dürfen wir uns die prähistorischen Verhältnisse so einfach denken, als ob sie sich in den angegebenen Formen des Vertragsschlusses und der Vertragssicheruug erschöpft hätten, noch — und das ist für uns vor allem wichtig — liessen sich auf diese Elemente wirklich alle das Recht von Schuld und Haftung anlangenden Erscheinungen, die wir in den leges barbarorum antreffen, zurückführen. Dies hat auch Heusler[1]) betont. Wohl müsse sich die Entwicklung im Vertragsrecht in der Richtung vollzogen haben, wie sie von Franken behauptet wurde. Doch dieses Moment des Fortschreitens vom Bargeschäft zum Kreditgeschäft, vom wirklichen Pfand zum Scheinpfand, so wichtig es auch sein mag, reiche allein nicht aus. Jene Geschäfte seien reine Facta des Austausches von Werten gewesen[2]). Aber an sie hätten sich obligatorische Wirkungen

[1]) Institutionen. II 229f.

[2]) Vergl. jedoch Huber, IV 830; Schröder, R. G.[4], S. 289; Puntschart 404 N.

anschliessen können. So habe der Kaufvertrag im Falle nachträglicher Eviktion zu einer Währschaftspflicht geführt. Eine damit gegebene Vermögensbeeinträchtigung sei nun ursprünglich nicht anders empfunden worden, als wie jeder andere Schaden, insbesondere aus Delikt. In jedem Falle griff ursprünglich der Geschädigte zur Fehde. Wie aber Todschlag, Raub und Diebstahl, so habe auch bei jenen obligatorischen Wirkungen, die sich zuweilen an die Realkontrakte knüpften, der Verletzte durch Selbsthülfe sich selbst Recht geholt. So trete alles Obligationsrecht von der Seite der Delikte in das Rechtsleben ein.

Die rechtlichen Wirkungen des Vertrages reichen weiter, als man nach der bisherigen Darstellung annehmen könnte. Die Eingehung des Vertrages, sei es durch Leistung der Sache, re, oder durch Hingabe eines Pfandes bezw. durch formale Wadiation, involviert eine rechtliche Gebundenheit der Parteien. Sie sollen den Vertrag erfüllen. Andernfalls ist die Rechtsordnung verletzt. Diese ist in ihrer Existenz bedroht, negiert. Daraus folgt notwendigerweise die Möglichkeit einer Unrechtsreaktion, eines Zwangsverfahrens von pönalem Rechtsgrund und Charakter. In der Tat ist das Zivilrecht ursprünglich im Kriminalrecht befangen[1]). Das naive Rechtsbewusstsein kennt keine Unterscheidung der causae criminales und causae civiles[2]). Da die Nichtbefriedigung des Gläubigers nicht anders aufgefasst wird als wie ein Raub, so ist die Vollstreckung notwendigerweise — Strafvollzug[3]).

[1]) Ihering, Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 8f., Kampf ums Recht 76f, Geist des röm. Rechts I § 11a, S. 129 f. Sickel, Bestrafung des Vertragsbruches, Einleitung. Friedrichs, universales Obligationsrecht 1896 S. 33f. Gaukler in Nouvelle revue hist. de dr. fr. et. etr. 1889 S. 602, Dareste, Etude S. 84. A. M. Leist, altarisches ius civile, insb. Bd. II 304f.: vergl. jedoch dort über das indische Recht l. c.

[2]) Brunner R. G. II 329, Horten I 31f. Umso überraschender war das Resultat der Forschungen Sohms, wonach das alte fränkische Recht ganz verschiedene Verfahren gekannt habe, je nach der Art des geltend zu machenden Anspruchs, Prozess insb. S. 8f, vergl. Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens 58.

[3]) v. Amira, Recht in Paul's Grundriss der germanischen Philologie III S. 220, 221, vergl. Bethmann-Hollweg IV § 14, trotzdem in Bezug auf das fränkische Recht die Sohmsche Unterscheidung gutgeheissen wird Vergl. dort N. 7.

Diesen Rechtszustand zeigen noch in aller Schärfe die Quellen des nordgermanischen Rechts. Sie benennen jedes Unrecht, gleichviel ob ziviler oder krimineller Natur, als Raub. Weil dabei das ursprüngliche Recht nicht sowohl auf das subjektive Moment als auf das objektive abstellt, nicht sowohl die Beschaffenheit des schuldnerischen Willens als die Tatsache der Schädigung und den Umfang dieser letzteren zu seinem Massstabe nimmt, liegt ein Raub auch in der Nichtbefriedigung des Gläubigers[1]).

Es ist denn auch überaus charakteristisch, dass im nordgermanischen Recht zivile Forderungen ursprünglich nicht anders exequiert werden konnten als indirekt, auf dem Umwege der Friedloslegung. So im götischen Recht: Friedlos wird, wer eine öffentliche Bussschuld nicht rechtzeitig erfüllt. Also erst, wer einer öffentlichen Busse verfallen und mit ihrer Begleichung im Rückstand geblieben, ist von der Friedlosigkeit bedroht[2]). Ähnlich früher wohl auch im Swealand[3]). Ebenso ist wahrscheinlich, dass auch im norwegischen Recht jede Personenobligation — wie sich v. Amira ausdrückt — mittelst der Acht realisiert werden konnte, wenn nämlich der Verzug als rán (Raubanschlag) öffentliche Sühne erheischte[4]).

Wenn nun dieses Verfahren der Friedloslegung auch nicht eine Exekution genannt werden kann, wenn auch vielmehr der wirtschaftliche Effekt der Befriedigung des Gläubigers nicht mehr im Rechtsverfahren, sondern nach demselben, nämlich nach der Ächtung, als etwas rein Tatsächliches herbeigeführt wird, so handelt es sich dabei nach v. Amira's Auffassung doch um eine Folgewirkung der Haftung. Wohl wird eine Übeltat, die eben in der Nichterfüllung der Schuld liegt, gesühnt. Aber diese Sühnung ist gerade nur dadurch möglich, dass die privatrechtliche Obligation nach dem ältesten Recht den Charakter einer strafrechtlichen annehmen kann. Die zivile Obligation wird dadurch realisiert, dass sie zur strafrechtlichen gesteigert wird[5]).

[1]) Wilda, Strafrecht der Germanen 196, 907; Ihering, Schuldmoment 4.
[2]) v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 144f.
[3]) l. c. I 147.
[4]) II 142. vergl. Wilda 269. 908.
[5]) l. c. I. 150.

Gegen diese Auffassung sind jedoch Zweifel laut geworden. Brinz[1]) hat ihr entgegengehalten, dass eine Personenhaftung nicht habe existieren können bis zum Aufkommen einer Exekution. Bis dahin sei sie kein vom öffentlichen Strafrecht losgelöstes Privatinstitut gewesen, habe also als obligatio im zivilrechtlichen Sinne überhaupt nicht bestanden. Der Bruch des gegebenen Wortes hat nach Brinz bussfällig und in weiterer Folge strafbar gemacht, aber in nicht anderer Weise als Diebstahl und Betrug. So wenig der Dieb vor dem Delikt obligiert ist, so wenig wird ursprünglich vor dem Wort- oder Vertragsbruch eine Obligation oder Haftung existent, eine vorausgehende Obligierung Grundlage der Buss- und Straffälligkeit gewesen sein. Das Wort und der Vertrag waren noch nicht causae obligationis, sondern wie Eigentum, Sachen, Rechte und wie die Person selbst Gegenstand der Verletzung, Gelegenheit und Versuchung zum Delikt. Aber auch der Wortbruch oder das Delikt brauchte noch nicht causa obligationis zu sein. Die Busse, die in seinem Gefolge ist, fällt nicht bloss dem Damnifikaten, sondern auch dem Könige und der Hundertschaft zu, ist also bereits öffentliche Strafe, wirkt, wenn sie gezahlt wird, als Strafe und Ansporn zur Leistung, wenn sie nicht gezahlt wird, zur Beschleunigung des äussersten — der Friedlosigkeit. Aber es existiert noch kein Privatzwangsrecht und keine Privatsatisfaktion. Damit aber eine Person haftet, muss sie dem Gläubiger und niemand sonst als Satisfactionsobjekt ausgesetzt sein. Sie, die Person des Haftenden selbst (in ihrer Totalität oder bloss in ihrer Vermögenspotenz und der zur Zeit der Exekution ihre Pertinenz bildenden Habe) muss dem Gläubiger und nur dem Gläubiger einstehen dafür, dass ihm nicht geleistet wurde, was ihm geleistet werden sollte. Vor dem Aufkommen der Personal- und Vermögensexekution ist eine derart bestimmte Haftung nicht denkbar. Die Acht ereilt den Übeltäter. Sein Delikt kann auch ein Omissivdelikt sein: die Nichterfüllung der Schuld. Diesem Delikte selbst aber geht keine Haftung voraus, keine, den Haftenden zum Satisfaktionsobjekt ausschliesslich (privatim) des Gläubigers machende Obligation. Eine solche privative Personenhaftung

---

[1]) In den Göttingischen gelehrten Anzeigen 1885 S. 525f.

zu verwirklichen, dazu ist die Ächtung nicht geeignet; gibt sie doch den Betroffenen aller Welt preis.

Diese Erwägungen scheinen mir in der Tat vollinhaltlich zutreffend zu sein. Sie finden ihre Bestätigung in Bestimmungen wie etwa derjenigen des westgotländischen Rechts, wonach bei der auf Grund einer Friedloserklärung erfolgenden Einziehung und Verteilung der Güter unter gewissen Voraussetzungen der Gläubiger nicht mehr als drei Mark erhalten soll. Über den ganzen Rest des Vermögens wird anderweitig verfügt[1]). Hier kann man doch nicht von Ersatz und Satisfaktion, also doch nicht von Haftungsrealisierung sprechen. Die gleiche Auffassung zeigt das isländische Recht, welches ebenfalls keine Exekution von Urteilen kennt, die auf Geld und Gut lauten, sondern dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung eine Klage wegen elómrof gibt, d. h. wegen Missachtung des Urteils. Sie geht wiederum auf Friedloslegung oder aber auf Landesverweisung[2]). Ebenso zeigt auch das dänische Recht, dass die Ächtung keineswegs der Nichterfüllung unmittelbar entspringt, sondern als Folge eines Delikts erscheint, das in der Verletzung einer öffentlichen Genossenpflicht besteht. Vergl. Stadtrecht von Lund c. 37[3]).

Im wesentlichen zu demselben Ergebnis führt nun aber auch die Betrachtung der südgermanischen Rechte. Nach ihnen ist zweifellos ursprünglich jede Klage eine Deliktsklage, eine Klage um strafbares Unrecht[4]). Sie beruht auf der strafrechtlichen Haftung. Diese aber ist von der zivilrechtlichen völlig verschieden und schon in ihren Entstehungsgründen von der letzteren unabhängig.

Höchst interessante Ausblicke eröffnet uns darüber das salische Recht. Auch dieses kennt das Scheinpfand, das eine „interimistische", wirtschaftlich bedeutungslose Pfandhaftung

[1]) Wilda cit. 290. Vergl. l. Sal. 149: et omnes res ejus erunt in fisco aut cui fiscus dare voluerit.

[2]) Brunner R. G. I. 183 N. 20.

[3]) Lehmann, Der Königsfriede der Nordgermanen S. 116, über Pfändung und Friedloslegung in nordgerm. u. südgerm. (langob.) Rechten auch Kier. Ed. Rot. 56f., 60 61.

[4]) Brunner R. G. II 328, Heusler II 230f., Schröder R. G. 84. Stobbe-Lehmann III 107f. und die oben S. 409 No. 1—3 cit. Lit.

herstellt, dabei das Versprechen des Schuldners in sich schliesst, jederzeit zur Ergänzung bereit zu sein resp. sie zu dulden, wenn sie der Gläubiger vornehmen will. Die Reichung der festuca gibt das Pfändungsrecht. Und in Ausübung dieses letzteren stellt der Gläubiger die Pfandhaftung dar. Kein Vorgehen gegen den Schuldner — keine persönliche Haftung desselben.

Doch der Schuldner soll leisten. Unterlässt er es, dann macht er sich auch nach der altfränkischen Auffassung eines Deliktes schuldig. Darauf folgt die Unrechtssanktion. „Unzweifelhaft war nach ältestem fränkischem Rechte der Gläubiger, dem der Schuldner die Zahlung der gewetteten Schuld verweigerte, berechtigt, von der aussergerichtlichen Pfändung abzusehen und die Friedloslegung des Schuldners zu erwirken“[1]. Diese Friedloslegung aber ist keine Exekution und schon die Erwägungen von Brinz haben wahrscheinlich gemacht, dass diesem Ächtungsverfahren eine persönliche Haftung gar nicht zu Grunde liegen könne. Nicht anders war bisher die Auffassung der germanistischen Doktrin[2].

In der Tat sind es andere Vorstellungen, von denen das alte Rechtsleben getragen war. Die Anschauung scheint dahin gegangen zu sein: Die zivile Schuld kann sich steigern zur strafrechtlichen Schuld. Leisten sollen und doch nicht leisten ist Delikt — und daraus folgt unmittelbar die strafrechtliche Haftung[3]. Hierzu bedarf es also keiner vertraglichen Einständerschaft. Wird dem Sollen aus dem Schuldvertrag nicht entsprochen, das rechtliche Bestimmtsein, das seine Grundlage in der gesamten Rechtsauffassung der Zeit findet, nicht ausgelöst, dann fühlt sich dies Recht eben in seinen Grundlagen verletzt. Deshalb bieten nunmehr Mittel des Strafrechts den Schuldverhältnissen ihren

[1] Brunner II 453 und Z. f. R. G. XI 84.

[2] Sohm, altdeutsches Reichs- und Gerichtsverfahren 121, Esmein Etudes 157 f.

[3] Dieser Satz war bereits niedergeschrieben, als uns folgende Stelle zur Kenntnis kam: „Doch bestand von altersher neben der vertragsmässig begründeten Haftung innerhalb des Rahmens der Friedlosigkeit eine Haftung von Rechts wegen, so für Schulden aus Missetaten und für Schulden, die sich durch rechtswidriges Verhalten des Schuldners zu Missetaten gesteigert hatten. Brunner, Grundzüge S. 185, 2. Aufl. S. 192.

starken Schutz[1]). So erklärt sich die auffallende Erscheinung, dass die Geschichte des deutschen Rechts mit einem weitreichenden Strafrecht für unerfüllte Schuldverpflichtungen beginnt[2]).

Dass aber in der Tat die strafrechtliche Sanktion das Unrecht traf, das in der Nichterfüllung der Schuld lag[3]), dass sie demnach nicht die Steigerung der persönlichen Haftung bedeutet, diese letztere im privatrechtlichen Sinne vielmehr überall nicht voraussetzt, ja sie ausschliesst, dass demnach die fränkische Fidesstipulation so wenig wie die langobardische Wadiation der Herstellung dieser zivilen Personalhaftung dienen kann, dies alles erhellt aus dem Mahn- und Betreibungsverfahren des salischen Rechtes[4]). Dem Gläubigar stand aus der Fides facta nur das Pfändungsrecht zu. Der Schuldner haftete ihm nicht. Jener konnte also gegen diesen auch nicht klagen, nicht gerichtlich vorgehen. Das gerichtliche Verfahren war vielmehr nur ein Strafverfahren, nur möglich bei Rechtsverletzungen die notwendigerweise pönalen Charakters waren, so dass auf Friedlosigkeit oder auf Busse erkannt werden konnte. Denn das waren die einzigen Mittel, welche das Gerichtsverfahren gegen den sachfälligen Beklagten zur Verfügung hatte. Daraus ergibt sich von vornherein, dass zur Geltendmachung von Zivilsachen dies Verfahren nicht geeignet war. Erst dann konnte der Gläubiger seinen Schuldner vor Gericht ansprechen, wenn dieser letztere in strafbares Unrecht versetzt war, das ihn bussfällig machte. In dieses Unrecht aber ist der Schuldner versetzt, der nicht seine Schuld erfüllt[5]). Rechtswidrig enthält er seinem Gläubiger die Sache oder Leistung vor. Dadurch „gewinnt der Berechtigte nicht etwa einen Anspruch auf Schadenersatz, sondern einen Anspruch auf Sühne des durch die Weigerung erlittenen Unrechts[6]).“ Und diese Auffassung findet ihren unmittelbaren Ausdruck in den Bussen, in welche der Schuldner verfällt, der sich zur Zahlung auffordern oder gar wiederholt mahnen lässt. L. Sal. 50, 1[7]).

---

[1]) Huber, Schweizerisches Privatrecht, IV 830.
[2]) Sickel, Vertragsbruch 14.
[3]) Vergl. auch v. Amira, Grundriss § 67 bei Paul III 181 u. 184.
[4]) Brunner R. G. II 519 f., vergl. Schröder R. G. 390 f. und dort N. 120.
[5]) Dies inter pellat pro homine.
[6]) Brunner l. c. 521.
[7]) Vergl. das Mahnverfahren bei den Dänen oben S. 412.

Der beste Beweis dafür, dass diese Auffassung dem fränkischen Recht geläufig war, liegt in der richterlichen Auspfändung von l. Sal. tit. 50, 3 u. 4. Dieses Verfahren ist eine Abspaltung der Friedlosigkeit[1]). Darum muss, bevor zur Pfandnahme geschritten wird, der Graf den Schuldner ausdrücklich zur freiwilligen Leistung auffordern: Qui ad presens es, voluntatem tuam solve homine isto, quo ei fidem fecisti et elege tu duos quos volueris cum rachineburgius istos, de quo solvere debeas, adpreciare debeant et haec quae debes secundum iustum praecium satisfacias. — Si audire nolucrit, wird zur Pfändung geschritten. Ihr Ursprung gibt sich dadurch zu erkennen, dass die Tätigkeit des Grafen infiscare, confiscare genannt wird. Die Pfandnahme heisst strud, Raub[2]). Dem Gläubiger werden die Pfänder zu Eigen übergeben. Doch erhält er charakteristischer Weise nur zwei Dritteile der Pfandobjekte. Der Rest fällt dem Grafen als fredus[3]), als Strafsumme wegen Verletzung der Rechtsordnung zu. Dies zeigt am deutlichsten der Charakter der Pfändung als eine Abspaltung der Friedlosigkeit und die Auffassung, die man von dieser zwangsweisen Wegnahme von Befriedigungsobjekten aus der Fahrhabe des Schuldners hegte. Sie bedeutete Strafe[4]), Verwirklichung der Friedlosigkeit in einer gewissen ökonomischen Richtung. Aber freilich, sie ist bereits aktiviert. Sie tritt ganz wesentlich ein zu Gunsten des Gläubigers, erzielt faktisch den Erfolg eines Satisfaktionsverfahrens. Immer mehr wird dieser Gesichtspunkt in den Vordergrund gerückt sein. Noch verleugnet das Recht nicht seinen kriminalrechtlichen Ursprung. Aber der Gang, den die Entwicklung nehmen musste, liegt klar gezeichnet vor uns: Das neue Verfahren wird Exekutionsverfahren. Es soll Ersatz und Genugtuung verschaffen Damit löst es die Haftung der schuldnerischen Fahrhabe in dem früher dargelegten Sinne ab. Die Haftung ist aber immer noch eine obligatio bonorum. Nicht aber ist eine

---

[1]) Brunner, Z. f. R. G. XI 62 f., insb. 84 f.

[2]) Brunner II 453 N. 5 f.

[3]) L. c 621.

[4]) Die hier eintretende Staatshilfe bewirkt also nicht „genau das, was im Stadium der Selbsthülfe der Berechtigte kraft seines Rechts selbst tun würde." Seuffert bei Grünhut XII 624, 626. Vielmehr sind Folgen wie Voraussetzungen verschieden.

Personalobligation begründet. Noch viel weniger war dies ehedem der Fall. Die strafrechtlichen Wirkungen sind deshalb auch nicht dahin zu erklären, dass eine privatrechtliche Personalhaftung sich zur strafrechtlichen gesteigert habe. Umgekehrt war es die zivile Schuld, die eine „Steigerung“ erfahren konnte. Die Haftung, die dabei entstand, war krimineller Natur, diente nicht der Satisfaktion, sondern der Sühne, entstand nicht durch vertragliche Unterwerfung, sondern ex lege[1]). So stehen dem Gläubiger zwei Mittel zur Seite: Pfändung (in ihrer älteren Form) und Friedloslegung. Dazu erhält er nun — zur Wahl — ein Neues: die Grafenpfändung. Diese weist in ihrem Ursprung auf das zweitgenannte Mittel hin. Das Pönalverfahren bestimmte denn auch gänzlich ihre formelle Ausgestaltung. Trotzdem bildet sie — dahin zielte jene Königsnovelle ab — eine organische Fortbildung des früheren Pfändungsrechtes und knüpft denn auch an die nämlichen Voraussetzungen an. Immer noch gilt deshalb, dass die schuldnerische Fahrhabe haftet. Ja es hat dies seine erhöhte Richtigkeit. Denn aus der Fahrhabe lässt sich nunmehr der Gläubiger Ersatzobjekte unmittelbar zu eigen holen.

Am Schlusse sei noch angedeutet, dass in genau analoger Weise bei der inhaltlichen Erweiterung der Vermögenshaftung und ihrer Erstreckung auf die Immobilien das Pönalverfahren die rechtlichen Formelemente lieferte. Als missio in bannum regis tritt uns die Fronung zunächst als eine provisorische Einziehung des Vermögens entgegen. Nach Jahr und Tag wird sie, wenn anders der Schädiger seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, zur definitiven, zur Confiskation. Erst Kapitularien Ludwigs I. bestimmen, dass die eingezogenen Güter in erster Linie zur Befriedigung des Klägers verwendet werden sollen. Dabei wurde bereits festgesetzt, dass

[1]) Über das Verschwinden des ursprüngl. Strafrechts für unerfüllte Schuldverpflichtungen vergl. Sickel cit. 15, Sohm, Prozess 192, 217 ff., insbes. das Bussensystem verschwindet i. A. bald. Nichtsdestoweniger erhält sich noch manche Spur der alten, strafrechtlichen Auffassung durchs Mittelalter hindurch, vergl. z. B. über das mittelalterlich-französische Recht Franken, franz. Pfandrecht 261; am zähesten überall in der Immobiliarexekution, vergl. oben S. 97, 111 fg. und unten Kap. 4.

auf die Güter nur gegriffen werden solle bei Unzulänglichkeit der Fahrhabe. So reiht sich an das alte, auf die Mobilien beschränkte Verfahren die Immobiliarexekution an[1]).

Ein analoges Verfahren in die Immobilien kennt auch das langobardische Recht. Darauf sei noch in Kürze hingewiesen. Das langobardische Recht hat kein besonderes Mahn- und Betreibungsverfahren analog dem salischen ausgebildet. Es bedarf desselben nicht. Die Schuld des Schuldners und das Recht des Gläubigers nicht etwa bloss auf eine datio in solutum, sondern auf wirkliche Schulderfüllung — diese Vorstellungen sind im langobardischen Recht überaus lebendig. Der Schuldner soll leisten, innert den Mahnfristen nach Roth. Edikt oder innert den im Pfändungsverfahren gegebenen Fristen des neueren Rechts. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so macht er sich eines Delikts schuldig, schwer genug, um mit der strengsten Strafe bestraft zu werden.

Liutpr. Ed. c. 57 bestimmt in seinem ersten Teil: Si quis debitum fecerit et res suas vindederit et talis fuerit ipse debitus quod sanare non possit, et filius eius per uxorem suam aliquid conquisierit vel postea sibi per quocumque ingenio laboraverit, posteus genitor eius omnes res suas venundavit, vel pro debito suo creditoribus suis dederit, aut a puplico intromissi fuerent: non habeant licentiam creditoris eius res quas filius de coniuge sua habere vedetur, vel quod postea conquisivit aut laboravit, repetentum aut distrahendum. Es findet also im Falle der Insolvenz des Schuldners eine intromissio der Gläubiger in die Güter jenes statt.

Nun bestimmt Ed. Liu. 108: Insuper (sc. nebst und nach dem Recht der zweimaligen Pfandnahme) potestatem habeat, qui pigneravit, causam suam per legem agere et procurare. In Ermangelung eines jeglichen Anhaltspunktes in anderer Richtung dürfen wir wohl annehmen, dass dieses Verfahren, das nach der erfolglosen zweimaligen Pfändung stattfindet, kein anderes ist, als dasjenige aus Liutpr. c. 57.

Wichtig sind in der Bestimmung des Ed. Liu 108 über den Verfall der Pfänder vor allem die Fristen. Innerhalb dieser

[1]) Brunner, Abspaltungen 85 R. G. II 457f. und oben S. 111 und die dort zitierte Litteratur, ferner v. Amira, Grundriss 221, Schröder 372.

Fristen hätte der Schuldner zahlen sollen. Eine Personenhaftung aber besteht nicht neben der Sachhaftung. Der Gegensatz jedoch zwischen dem eben dort statuierten Recht (facundia) des Schuldners, die Pfänder einzulösen und dem nun folgenden Verfahren ist u. E. gar nicht anders zu erklären, als durch die Annahme, dass nach der Pfandnahme zunächst einzig die Pfandhaftung und die zivile Schuld existierten, dass aber die Säumnis während der Fristen deliktische Wirkungen erzeugte, indem mit Ablauf der Frist das Delikt und die strafrechtliche Haftung zur Entstehung gelangten.

Der strafrechtliche Charakter[1]) aber der intromissio liegt schon darin ausgeprägt, dass die Gläubiger aus derselben möglicherweise mehr erhalten, als ihnen geschuldet wurde, ja, es kann wohl schon in dem blossen Faktum des Entzuges des Grundbesitzes erkannt werden — eine überaus harte Massnahme. Vor allem aber ist er daraus zu ersehen, dass es eben eine intromissio a publico ist. Der Staat confisciert die Güter. Durch ihn werden die Gläubiger eingewiesen. Auch hier kann es sich also nicht um ein Satisfaktionsverfahren aus ziviler Haftung des Schuldners handeln.

[1]) Vergl. auch Horten II 93 f.

3. Kapitel.

Die persönliche Haftung.

Gewiss kennt das germanische Privatrecht nicht nur die Sachen-, sondern auch die Personenhaftung. Das ist eine in die Augen springende Erscheinung und sie ist denn auch schon längst bekannt. Aber man hielt dafür, dass nach altem Recht aus jedem Schuldvertrag ipso iure die Möglichkeit eines Zugriffs auf die schuldnerische Person gegeben sei. Und da man eine solche Auffassung auch im altrömischen Recht wiederzufinden glaubte, so zweifelte man nicht, vollkommen analoge Rechtsbildungen vor sich zu haben: Man griff auf die Person des Schuldners und durch sie und mit ihr auf ihre gesamte Habe.

Bei näherem Zusehen zeigt sich indessen, dass das alte Recht ein ganz anderes gewesen. Noch wirken freilich die Anschauungen der älteren Doktrin in nicht zu unterschätzendem Umfange nach und erschweren wohl jetzt noch die Aufgabe, der Eigentümlichkeit der germanischen persönlichen Haftung vollkommen gerecht zu werden. Vor allem nahm nämlich die ältere Doktrin, ohne irgend einem Zweifel Raum zu gewähren, an, die Haftung sei eine universalistische gewesen, eine antropocentrische: Mit dem Zugriff auf die Person sei auch derjenige auf ihre Habe von selbst gegeben gewesen. Und noch heute ist man geneigt, dem Treugelöbnis eine derartige generelle Wirkung, der engeren persönlichen Haftung eine derartige zentrale Stellung zuzuweisen.

Aber diese Auffassung lässt sich so wenig halten wie der andere Teil der früheren Lehre: Die Haftung des Schuldners sei eine gesetzliche gewesen.

Vielmehr wissen wir, dass die Haftung eine vertragliche war, dass sie, wie spätere Quellen sich ausdrücken, vom Schuldner konzediert, eingeräumt werden musste. Und wir wissen, worin diese Haftung besteht. Sie bedeutet die Ein-

räumung eines eventuellen Zugriffsrechtes, also einer Machtbefugnis, eines mehr oder weniger weitgehenden Herrschaftsverhältnisses. Eine solche Macht aber muss sich materiell manifestieren. Sie muss ihren wahrnehmbaren, formalen Ausdruck finden. Deshalb ist die Sachhaftung ursprünglich nur denkbar in der Form des Faustpfandes. Nicht anders aber setzt die Geschichte der persönlichen Haftung ein. Der Haftende war Geisel, war Faustpfand.

Für Personen und Sachen gilt, wenn sie Haftungsobjekte abgeben sollten, ein und dasselbe Publizitäts- resp. Formalprinzip. Aber dieser Umstand führt die persönliche und die sächliche Haftung nicht zusammen, sondern reisst sie inhaltlich notwendigerweise weit auseinander. „Es gab für die ältere Zeiten nur zwei Arten der Haftung: die Haftung mit der Person in engster Bedeutung, d. h. also nötigenfalls mit der Konsequenz der Schuldknechtschaft und die Haftung mit einzelnen bestimmten Gegenständen, die — — zu Pfand gesetzt worden waren“ [1]).

Die Eigentümlichkeit und die Enge dieser Grundlage ist von entscheidender Bedeutung für die gesamte Entwicklung in der Folgezeit. Wir haben schon gesehen, wie auf dieser Basis das Wadiationsrecht sich entwickelte. Es muss nur noch einmal betont werden, in welche Linie entwicklungsgeschichtlicher Erscheinungen dasselbe einzureihen ist.

Aus der Wadiation ergibt sich nur das Recht des Gläubigers, Sachhaftung herzustellen. Sollte dieses Recht der Inhalt, und zwar wäre es der erschöpfende Inhalt, einer Personalhaftung sein? Wie wäre dies Phänomen historisch zu erklären? Hätte die Wadiation ursprünglich dazu gedient, den Schuldner persönlich haftbar zu machen, so hätte sie auch die Wirkung, ja nur die Wirkung haben können, dass der Gläubiger auf die Person des Schuldners hätte greifen können. Und von dieser ursprünglich einzigen Wirkung ist in der Wadiation keine Spur mehr übrig geblieben! Hat aber schon von Anfang an die Wadiation nicht den Schuldner selbst in eigener Person verhaftet, dann bleibt nur noch eine Möglichkeit: Nur mit der Sachhaftung kann die Wadiation in genetischen Zusammenhang gebracht werden. Und darum erschöpft sich ihre Wirkung letztlich noch

[1]) Huber IV, 841, v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes S. 1.

in den Volksrechten darin, die Herstellung einer faustpfandlichen Sachhaftung zu ermöglichen. Und darum immer noch die in anderer Weise wohl nie befriedigend zu erklärende Form des Wadiationsaktes.

Aus der bisherigen Darstellung lassen sich nun aber auch Schlüsse von grundsätzlicher Bedeutung für die Geschichte der persönlichen Haftung ziehen. Diese letztere nämlich ist, wie dies bereits gesagt wurde, stets eine vertraglich eingeräumte. Sie ist dabei immer nur eine Haftung der Person selbst. Nun wissen wir aber, dass aus der Wadiation eine Vermögenshaftung entstand und ferner, dass dem Gläubiger auf Grund des — wadiierten — Schuldvertrages zur Wahl stand, statt die Haftung zu realisieren, eine Pönalsanktion für das erlittene Unrecht zu betreiben. Deshalb aber kann die Bedeutung der persönlichen Haftung — ganz im Gegensatz zu älteren Anschauungen — ursprünglich nicht eine sehr grosse gewesen sein. Friedloslegung oder Pfandnahme — das waren ja schon zwei Wege und das bedeutet reichlich viel für eine in ihren wirtschaftlichen Verhältnissen und in ihren psychischen Voraussetzungen einfache Gesellschaft. Es bedurfte einer Zeit milderer Sitten — auch hierin hat die frühere Auffassung geirrt — und höherer Wertschätzung aller wirtschaftlichen Faktoren, um die persönliche Haftung zu grösserer Bedeutung gelangen zu lassen [1]. Dabei war nach dem Gesagten wenigstens innerhalb desselben Rechtsverbandes diese Haftung durchaus eine subsidiäre. Wenn der Gläubiger sich auf „Obligationen" überhaupt einliess, hielt er sich wohl regelmässig zuerst an das Mobiliarvermögen, das ihm haftete.

Das germanische Recht liefert uns eine überraschende Bestätigung dieser Deduktionen.

[1]) Deshalb kann denn auch Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 19 betonen, dass der Schuldgefangene in vielen Rechten sehr früh mild behandelt werde. Aber aus einer „ökonomischen Passivität" der betreffenden Kulturstufe heraus ist dies Phänomen wohl nicht zu erklären. Die milde Behandlung ergibt sich daraus, dass der Gläubiger die persönliche Haftung überhaupt annimmt. Damit erklärt er sich bereit, auf härtere Massnahmen, die ihm das Pönalrecht ja zur Verfügung stellt, zu verzichten. Dass er das tut, bedeutet also gerade eine Ökonomisierung des Schuldrechtes. An Stelle einer Unrechtsreaktion tritt ein Haftungsobjekt — die Person

Es ist schon Brinz[1]) als eine merkwürdige Abweichung vom römischen Recht, welches ihm diesbezüglich viel logischer schien, aufgefallen, dass die Personalexekution sich im nordgermanischen Recht als Erzeugnis jüngeren Rechts darstellt. Dabei ist anfänglich ihr Anwendungsgebiet ein kleines. Für Fälle gewöhnlicher Zahlungsunfähigkeit wird sie vom isländischen Recht sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Sie bedarf deshalb ganz besonderer Voraussetzungen[2]). Und auch dann ist sie stets nur eine subsidiäre[3]).

Dieselben Beobachtungen können wir auch im süd-germanischen Recht machen. Die exekutive Verknechtung findet in den meisten Rechten, soweit sie dieselbe überhaupt kennen, nur Anwendung auf Bussschuldner. Wie für diese sich eine exekutive Verknechtung allmählich herausbildete aus der ursprünglich als Strafe stattfindenden Preisgabe hat auf Grund der langobardischen Quellen Brunner[4]) nachgewiesen. Auch auf die Auslieferung des insolventen Missetäters an den Verletzten nach burgundischem Recht sei nur hingewiesen[5]), ebenso auf die Überantwortung des zahlungsunfähigen Wergeldschuldners, wie sie die lex Salica im tit. de chrenecruda kennt und wie sie nach Ed. Chilp. für alle Deliktschuldner angenommen werden darf. Ordinamus, cui malum fecit tradatur in manu et faciat exinde quod voluerint. Ed. Chilp. c. 8. In dieser Preisgabe erschöpft sich das fränkische Recht bereits. Eine Verknechtung von Gerichtswegen ist ihm nicht bekannt[6]).

---

[1]) Götting. gel. Anzeigen l. c. 531.

[2]) v. Amira, Nordgermanisches Obligationsrecht I 131 f., II 167 f., Recht 221.

[3]) Ferner ist sie ihrer ganzen juristischen Regelung nach daraufhin angelegt, dass der Gläubiger durch sie zu seiner ökonomischen Befriedigung gelangen kann. Der Schuldknecht ist nicht unfrei oder, wo dies der Fall, nur bedingt, um der Schuld willen und soweit die Tilgung dieser letztern dadurch gefördert wird. Doch ist er der Hausgewalt des Gläubigers unterworfen und hat zum Zweck der Schuldtilgung für jenen zu arbeiten. Der Wert der Arbeit wird auf die Schuld angerechnet. Für den Betrag der Schuld darf der Gläubiger ihn auch nach vorgängigem Angebot an die Verwandten innerhalb des Landes verkaufen. Beendigung auch durch Schuldtilgung von seiten Dritter; vergl. noch v. Amira cit. I 127, II 156 f.

[4]) R. G. II 380. Z. f. R. G. XI „Abspaltungen" 93 f.

[5]) L. Burg 12,3.

[6]) Brunner, Abspaltungen 97.

Vollends aber für Vertragsschulden gibt es weder Preisgabe noch Verknechtung. „Die Behandlung des säumigen Vertragsschuldners richtete sich allerwegen nach dem Schuldvertrag[1].“ Es gibt also keine exekutive Haftung des Schuldners mit seiner Person und ebensowenig ergibt sich diese Haftung aus dem Akte der Festukation oder Wadiation[2]). Es bedarf also immer eines besonderen Vertrages, einer ausdrücklichen Beredung.

Es fehlt denn auch nicht an zahlreichen Quellen, die uns von einer vertraglichen Selbsthingabe berichten. Dieselbe ist dabei stets eine subsidiäre, ein letztes Refugium[3]). Deutlich spiegelt die lex Bajuvarorum die Auffassung ihrer Zeit wieder. Sie bestimmt in I 10: Si quis episcopum — occiderit, solvat eum. — Fiat tunica plumbea secundum statum eius, et quod ipsa pensaverit auro, tantum donet qui cum occiderit; et si aurum non habet, donet alia pecunia mancipia, terra villas, vel quicquid habet, usque dum impleat debitum. Et si non habet tantum pecuniam, se ipsum et uxorem et filios tradat ad ecclesiam illam in servitio, usque dum se redimere possit. Also nur der Mörder eines Bischofs gelangt in Schuldknechtschaft — aber auch er nur subdiär und nur zeitweise — eine Regelung unter ökonomischem Gesichtspunkte. Das gleiche Verfahren mit der gleichen Steigerung kommt zur Anwendung im Falle der Tötung eines Presbyters. Doch reicht es nicht mehr bis zur Exekution in die schuldnerische Person. Wohl aber wird auf die Grundstücke gegriffen. L. Baj. I 9: Si aurum non habet, donet alia pecunia, mancipia, terra, vel quicquid habeat, usque dum impleat. Wie im fränkischen Recht werden also die Grundstücke nur bei Verbrechen und zwar nur bei Kapitalverbrechen angegriffen. Vergl., L. Baj. II 1[4]). Es erscheint sogar die zeitweise Schuldknechtschaft als das kleinere Übel. Deshalb heisst es denn für die leichteren Delikte, II, 1:

[1]) Brunner cit. 98, vergl. v. Thudichum, Geschichte des deutschen Privatrechts 65.

[2]) Darüber, dass nicht noch eine Personalexekution statthabe, vergl. Sohm, Prozess 175. Vergl. jedoch Waitz, Das alte Recht der salischen Franken 175. Maurer, Geschichte des altgermanischen nam. altbair. Gerichtsverfahrens 1844 S. 63.

[3]) Vergl. schon Tacitus, Germania 20, v. Amira bei Paul III 183, 184.

[4]) Ut nullus liber Baiuvarius alodem aut vitam sine capitale crimine perdat.

ceteras vero quascumque commiserit peccatas, usque habet substantiam, componat secundum legem; si vero non habet, ipse se in servitio deprimat et per singulos menses vel annos, quantum lucrare quiverit, persolvat cui deliquit, donec debitum universum restituat. Ausdrücklich wird gesagt, dass die Schuldknechtschaft nur eine zeitweise sein dürfe, bestimmt, die Bussschuld abzuverdienen. Nur noch um Zivilschulden kann es sich also handeln in VII 3: Ut nullum liberum sine mortali crimine liceat inservire, nec de heredidatem sua expellere. — — Quamvis pauper sit, tamen libertatem suam non perdat, nec heridatem nisi ex spontanea voluntate alicui tradere voluerit, hoc potestatem habeat faciendi. Haftung des Schuldners mit seiner Person nur auf Grund einer ausdrücklichen Beredung. Ebenso das friesische Recht. L. Fris. XI 1: Liber homo spontanea voluntate vel forte necessitate coactus[1]) nobili, seu libero, seu etiam lito in personam et servitium liti se subdere. Ausdrücklich berichten auch die langobardischen Quellen, dass der Schuldner nicht habe verknechtet werden können. Exp. ad. Liu. 151: Lex ista noluit aliquem pro debito tradendum esse servitio: moderno tamen tempore sicut pro crimine ita pro debito — — und Lib. Pap. Loth. Ex. 1: Cum ipse leges facte fuerunt, nondum preceptum erat quod aliquis liber homo propter aliquas causas posset ad servitium inplicari.

So kennt das germanische Recht keine exekutivische Schuldknechtschaft[2]), d. h. von Gesetzeswegen wird im Falle der Insolvenz nicht auf die Person des Schuldners gegriffen. Jenem „Formalakt" aber, der ein grosses Gebiet des alten Vertragsrechtes beherrscht, kommt keineswegs die Bedeutung zu, eine so weit führende Personalhaftung herzustellen.

Da es demnach stets eines besonderen Vertrages bedarf,

[1]) Einen juristisch bedeutsamen Gegensatz zu dem vorausgehenden spont. volunt. sollen diese Worte schwerlich bedeuten. Wir werden zahlreichen Stellen begegnen, welche mit ähnlichen Worten das wirtschaftliche Unvermögen des Schuldners, der sich deswegen doch freiwillig haftbar macht, bezeichnen. Vergl. Rozière, Recueil général des Formules I 45 pro necessitatis tempore et vidi vitae compendium me eciam sterilitas et inopie precinxit ut in aliter transagere non possum nisi — plenissima voluntate mea —. I 7: gravis necessitas, ebenso I 49, 50, 371, 372.

[2]) Anders nur das westgotische Recht. L. Wisig V, tit. 6 c. 5. Brunner R. G. II 480. Dahn, Westgotische Studien S. 199 f.

um die Haftung der schuldnerischen Person herzustellen, müssen begreiflicherweise die Beredungen verschieden weitreichend sein. Häufig sehen wir, dass der Schuldner sich für alle Zeiten dem Gläubiger verknechtet. Es geschicht dies in der Regel als Selbstverkauf in den Formen der symbolischen Selbsttradition. Meistens sind es Bussschuldner, die dergestalt dauernd ihre Freiheit preisgeben und dies erklärt sich aus ihrer Bedrohung mit noch Schlimmerem [1]). Doch diese Obnoxiationen stellen keine Haftung her. Sie dienen der Solution.

Aber dieser Hingabe zu eigen stehen andere Arten der Selbstverknechtung gegenüber, welche wesentlich nur für Vertragsschuldner in Betracht zu kommen scheinen und welche den Schuldner zum Haftungsobjekt machen. Er gibt sich hin zu Pfand. Zwei ihrem Inhalt nach wesentlich verschiedene Ausgestaltungen dieser persönlichen Pfandsetzung sind dabei scharf zu unterscheiden. Der Schuldner tritt in Schuldknechtschaft, damit auf ihn selbst und seine Angehörigen ein Zwang ausgeübt wird, der zur Zahlung anspornen soll und damit der Gläubiger eine pfandrechtliche Sicherheit hat, die ihn für die Verzugsfolgen entschädigen mag. Oder aber der Schuldner soll in der Schuldknechtschaft seine Schuld abverdienen [2]). Im ersten Fall ist er antichretisches pignus, für den zweiten findet sich eine analoge Rechtsbildung des Sachhaftungsrechtes in der Todsatzung.

Dieser Gegensatz ergibt sich aus den Quellen, obschon sie sich keineswegs immer mit der wünschenswerten Deutlichkeit ausdrücken. Doch erkennt man die erste Art der Haftung in Rozière, Form. I 371: Constat me accipisse et ita accepi de

---

[1]) Vergl. oben Ed. Chilp. c. 8. Der Kaufpreis, der zuweilen genannt ist, wird der Busse entsprochen haben. Obnoxiationen wegen drohender Strafen, weil morte periculum ex hoc incurrere debui, weil vitae periculum incurrere potueram: Rozière Form 50, 49, 152. Vergl. ferner Roz. Form 44, 45, 46. Marculf II 28. Ego de rebus meis, unde vestra beneficia rependere debuissem non habeo, ideo pro hoc statum ingenuitatis meae vobis visus sum obnoxiasse, ita ut ab hac die de vestro servitio penitus non discedam. Reformbestrebung des Conc Franc. a 615, vergl. C. can. Mansi X 548: de ingenius qui se pro pecunia aut alia re vendiderint vel oppigneraverint ut quandoquidem pretium quantum pro ipsis datum est invenire potuerint, absque dilatione ad statum suae condicionis reddito pretio reformatur. Über das ostgötische Recht, v. Amira I 480

[2]) Stobbe, Beiträge 179, Neumann, Geschichte des Wuchers, Korn 34.

vobis per hanc caucione ad pristetum beneficium, hoc est in argento uncias tantes. In loco pignoris emitto vobis statum meum medietatem, ut in una quisque septenana ad dies tantis, qualecunque operem legitima mihi ininuxeris, facere debiammus; que annus tantus compliti fuerint, res vestras reddere debias, et caucionem meam recipere faciam. — Ebenso Nr. 372 (Cart. Senon 3). Ego pro hoc tale caucione in te fiere et adfirmare rogavi, ut usque ad annos tantos in quisque hebdomata dies tantos opera tua, quale mihi iniunxeris et ratio prestat, facere debeam. Quod si minime fecero, aut neglegens aut tardus exinde apparuero, aut ante ipso placito me immutare presumpsero, tunc spondeo, me per huius vinculum cautionem, ubi et ubi me invenire potueris, sine ullo iudice interpellationis pro duplum satisfactione me retenear debitor. Et quomodo ipse anni transacti fuerint, debito tuo tibi reddeo, cautionem meam per manibus recipiam. Diese Haftung schliesst das Recht des Gläubigers auf eine tüchtige Arbeitsleistung während bestimmter Zeit in sich und diese erscheint gesichert durch eine Strafberedung, welche auf das duplum der Schuld geht. Anders die folgende Stelle. Sie zeigt nicht nur, wie der Schuldner sich gleich auch beim Empfang des Darlehns in die zeitweilige Macht des Gläubigers begibt, um ihm eine Sicherheit zu bieten und ihn zugleich schadlos zu halten für den ihm entgehenden Genuss der Darlehnssumme, sondern wir ersehen aus ihr, wie eine Steigerung der Haftung vorgesehen wird. Sollte es sich als nötig erweisen, so erlangt der Gläubiger noch das Züchtigungsrecht und der Inhalt der Haftung geht dann auf die Macht desselben, den Schuldner wie einen servus zu halten. Marculf II 27. Necessitati meae supplendo solidos vestros mihi ad beneficium praestitistis ideo iuxta quod mihi aptificavit, taliter inter nos convenit, ut dum ipsos solidos de meo proprio reddere potuero, dies tantos in unaquaque hebdomada servitio vestro, quale mihi vos aut agentes vestri injunxeritis, facere debeam. Quod si exinde negligens aut tardus apparuero, licentiam habeatis, sicut et ceteris servientibus vestris disciplinam corporalem imponere.

Auf die zweite oben gekennzeichnete Art wird der Schuldner als Pfand haftbar in Cap. Carol. apud Ansegis. serv. 810 (811?) Bor. I. n⁰ 70 c. 3: Si quis liber homo aliquod tale damnum cuilibet fecerit, pro quo plenam compositionem facere non

valeat, semetipsum in wadio pro servo dare studeat, usque dum plenam compositionem adimpleat. Ferner Cap. de partibus Saxon. 777—790. Bor. I. n⁰ 26 c. 21: Si vero non habuerint unde praesentaliter persolvant, ad ecclesiae servitium donentur usque dum ipsi solidi solvantur. Und ferner Cap. Bonon. 811 Bor. I n⁰ 74 c. 1: Quicumque liber homo in hostem bannitus fuerit et venire contempserit, plenum heribannum, id est solidos sexaginta, persolvat, aut si non habuerit unde illam summam persolvat semetipsum pro wadio in servitium principis tradat, donec per tempora ipse bannus ab eo fiat persolutus; et tunc iterum ad statum libertatis suae revertatur.

Eine Herstellung der persönlichen Haftung liegt nach der herrschenden Ansicht auch in der Formel der l. Sal. tit. 50, 3: adprehendat fistucam et dica verbum: Tu grafio homo ille mihi fidem facit — — ego super me et furtuna mea pono quod securus mitte in furtuna sua manum. Durch diese Worte und die sie begleitende Zeremonie soll der betreibende Gläubiger nicht nur mit dem Vermögen, sondern mit seiner Person haftbar werden. Aber selbst bei dieser Auffassung ist aus der Festukation des tit. 50 für die Erklärung der Fidesstipulation nichts zu gewinnen. Die Festuca diente nach derselben freilich der Herstellung einer zivilen Haftung. Gewiss ist das nicht unmöglich. Dann ist aber doch zu beachten, dass die Form eine vom gewöhnlichen Wadiationsakte verschiedene ist; von hier aus Schlüsse auf die Bedeutung und die Tragweite der Fidesstipulation überhaupt ziehen zu wollen, geht also doch wohl nicht an. Sollte es sich um eine Wadiation handeln, dann ist nicht abzusehen, warum der Gläubiger nicht einen fideiussor zu stellen hat, dem er die festuca reichen kann. Aber selbst wenn man annehmen wollte, dass die lex Salica bereits in diesem Umfange die Selbstbürgschaft anerkenne, so kann doch nicht entgehen, dass dieser letztern ein anderes Zeremoniell zukommt, ein Zeremoniell, das immer noch ein Geben und Nehmen der festuca bedeutet[1]). Vor allem aber ist zu betonen, dass, wenn hier die Herstellung einer Obligation bezweckt wird, der betreibende Gläubiger ganz ausdrücklich ein Doppeltes der Haftung namhaft macht: Me et furtuna

[1]) Ed. Chilp. c. 6.

mea[1]). Wenn es sich also hier um eine zivile Haftung handelte, könnte es wohl nur eine ausdrückliche[2]) Verhaftung des Gläubigers in dem Sinne der soeben zitierten Beredungen sein, nur dass sie hier die Formen der Festucation zu Hülfe nähme.

Aber es drängt sich doch das Bedenken auf, in welcher Weise, wie weitgehend der Schuldner verhaftet sein sollte. Der Haftungsinhalt kann ja ein sehr verschiedener sein und er wird, wie wir gesehen, denn auch durchwegs genau festgesetzt. Hier aber ist das nicht der Fall. Dies erklärte sich nur mit der Annahme, dass die Folgen einer Verhaftung unter Festucation ein für allemal geregelt und festgesetzt gewesen wären. Und dies setzte wiederum eine häufige Anwendung dieses Verhaftungsmodus voraus. Von alledem ist aber in den Quellen nichts zu beobachten.

Die Schwierigkeit hebt sich, wenn wir bedenken, dass rechtswidrige Aufforderung zur Grafenpfändung den Gläubiger zum Wergeldschuldner macht. So streng wird bestraft, wer die gesetzliche Strud in ungerechtfertigter Weise sich zu nutze macht. Nichts kann besser erhärten, dass das Verfahren des tit. 50,3 u. 4 eine Abspaltung der Friedlosigkeit darstellt. Jetzt kennen wir aber auch die Bedeutung der in Frage stehenden Formel. Die Haftung, um die es sich handelt, ist eine gesetzliche und eine strafrechtliche. Es ist die Haftung des Wergeldschuldners. Kann der zu Unrecht die Pfändung verlangende Gläubiger diese Wergeldsumme nicht zahlen, dann wird er preisgegeben. L. Sal. tit. 58: Et si eum in compositione nullus ad fidem tullerunt hoc est ut redimant de quo non persolvit tunc de sua vita componat. Dass aber, obschon gesetzliche Haftung, dieselbe doch vom Gläubiger über sich selbst aus-

[1]) Vergl. Chilp. Ed. c. 7, l. Sal. 77,7 und l. Sal. 45. Nach Horten haben wir hier ebenso offenbar eine Verhaftung von Gut und Blut als eine fides facta. I 50 N. 128 II 85, 89. Über das sub fidem facere des tit. 58,2, vergl. Brunner: Sippe und Wergeld in Z. f. R. G. III 37. — Abweichende Erklärung vom tit. 50,3 auch Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte III 292 und 339 N. 125.

[2]) Es ist besonders bedeutsam, dass die Person sich selbst ausdrücklich einbezieht. Die sog. Selbstbürgschaft, welche den Wadiationsakt zu Hülfe nimmt, kann u. E. ein Recht auf die Person des Schuldners nicht geben. Vielmehr obligiert die Selbstbürgschaft immer nur das Vermögen. Sie ist ein Niedergangsprodukt und als solches aus dem vorausgehenden Wadiationsrecht zu erklären. Dieses aber beschränkt sich in seinen Wirkungen auf die Obligierung des Vermögens und erreicht nicht die Person selbst.

gesprochen werden soll, erklärt sich leicht. Das ganze Verfahren ist formell — entsprechend dem Charakter dieser Strnd und dem Umstand, dass es sich um eine Neuerung handelt. Daher die Ansprache an den Grafen, die Ansprache von seiten des letztern an den Schuldner mit dem Anrufen des schuldnerischen Willens, was sich um so merkwürdiger ausnimmt, als der Schuldner gar nicht anwesend zu sein braucht. Deshalb also auch die formellen Worte des Gläubigers.

Demnach bedeutet die Festukation in l. Sal. 50,3 so wenig, wie die Wadiation, die Form der Herstellung einer persönlichen Haftung. Ein solcher Formalakt, der diesem Zwecke diente und der sich allgemeiner und ausschliesslicher Anwendung erfreute, existiert überhaupt nicht.

Die beiden Formen, in denen nach unsern Quellen die Obnoxiationen vorgenommen wurden. begreifen sich leicht. Der Deliktsschuldner verkauft sich dem Geschädigten und es erfolgt sofortige Erfüllung, d. h. der Verletzer begibt sich in die Macht des Verletzten. Form. Andegav. 2 (Rozière 48). Quia coniunxerunt mihi necligencias — — et in aliter transagere non possum, nisi ut integrum statum meum in vestrum debiam implecare servitium, ergo constat, me ullo cogente imperium, set plenissimam voluntate mea, etsi de hac causa reprobus aparuerit, pro ipsa necligencia integrum statum meum in vestrum servicium oblegare (!) Debeam accipere a vobis precium, in quod mihi complacuit, soledus tantus, ut quicquid ab odierno diae de memetipso facere volueritis, sicut et de reliqua mancipia vestra obnoxia, in omnibus, Deo presole, abeatis potestatem faciendi, quod volueritis. Oder aber es erfolgt eine symbolische Tradition durch Hingabe eines Statusscheines. Form Arvern. No. 5 (Rozière I 51): A pluris est cognitum qualiter ante hos dies investigante parte adversus negligentia pro culpa mea in custodia traditus sum et nullum habeo substantia, unde me redimere debeam, nisi tantum formam et statum meum quem libero et inienuo videor habere et in servitio vestro pro hac causa debeam incliuare; — — — ego vobis carta patrociniale de statum meum, quem ingenuo habeo, in vos conscribere vel adfirmare rogavi, ut post ac diebus vite meae ex iure in servitio vestro debeam et consistere. Unde me spondeo vel subter firmari, ut contra presente cartola patro-

ciniale neque ego neque de heredibus meis nec quislibet ulla oposita persona prae ac die ambulare non debeamus.

Diesen Gegensatz treffen wir nun auch da, wo es gilt, die Person des Schuldners zum Haftungsobjekt zu machen. Oft ist die Form nicht näher zu erkennen. Doch vernehmen wir, dass der Schuldner sich loco pignoris[1]) in die Herrschaft des Gläubigers begebe oder wie es in überaus charakteristischer Weise häufig heisst: semetipsum in wadio pro servo dare oder semetipsum pro wadio in servitium tradere[2]). Einer Form hingegen, die in anschaulicher Weise das Wesen der persönlichen Haftung als eines Herrschaftsverhältnisses zum Ausdruck bringt, begegnen wir in Form. Salic. Bignon. 27 (Rozière II 464): fuit iudicatum, ut per wadium meum eam contra vos componere vel (Bign. atque) satisfacere debeam. Sed dum ipsos solidos minime habui, unde transsolvere debeam, sic mihi aptificavit, ut brachium in collum posui per comam capitis mei coram praesentibus hominibus tradere feci, in ea ratione ut interim, quod ipsos solidos vestros reddere potuero, et servitium vestrum et opera qualecumque vos vel iuniores vestri iniunxeritis, facere et adimplere debeam, et si exinde negligens vel iactivus apparuero, spondeo me contra vos, ut talem disciplinam supra dorsum meum facere iubeatis, quam super reliquos servos vestros.

So ist die Obligierung der Person noch zu einer Zeit, die schon längst ihren typischen Vertragsformalismus hat, immer noch eine Obligierung nur der Person in ihrem körperlichen Substrat und immer noch nur von subsidiärer Bedeutung. Deshalb kennt die Zeit des Wadiationsrechtes noch gar keinen einheitlichen oder gar schon stereotyp gewordenen Formalismus für diese persönliche Obligation. Übrigens obligiert sich persönlich der Schuldner auch im Mittelalter häufig genug in ähnlicher Weise wie im Altertum, durch Erklärung vor Gericht, in gehörig abgefasster Urkunde u. s. w. Und dabei ist es wirklich nur auf die Haftung

[1]) Rozière, Form I 371.

[2]) Cap. Carol apud Anseg. 810, Cap. Bonon., Cap. de judacis c. 2., Cap. Haristall 779, l. Baj. oben S. 423. — Cap. leg. add. 803 Bor. I n° 39 c 8. Liber qui se loco wadii in alterius potestatem commiserit ibique constitutus damnum aliquod cuilibet fecerit qui eum in loco wadii suscepit — — damnum solvat. — — Si vero liberam feminam habuerit usque dum in pignus extiterit et filios habuerit, liberi permaneant. (Ed. Pistense a. 864).

der Person selbst abgesehen, soweit nicht ein anderes ausdrücklich beredet wird. Eine solche Beredung ginge dann auf mehr oder weniger weitreichende Vermögenshaftung. So ist die Geschichte des materiellen Haftungsrechtes in der strengsten Kontinuität ihrer Abwicklung zu verfolgen[1]).

[1]) Auf das sächsische Recht sei hier nur hingewiesen. Ann. Laur. maior. ad a. 777, I 158. Cap. Carol, de partibus Sax. 27, Einhard in den Ann. ad a. 758, vergl. Brunner, Abspaltungen 98, Puntschart 352 N. 4, 372 N 6, 498 N. Dagegen ist allerdings darauf hinzuweisen, dass schon das Altertum Handschlag und Eid im Schuld- und Haftungsrecht verwendet, z. B. Gregor v. Tours, de glor. confess. c. 67. (M. G. Script. rer. Merov. I 788) und von dems. Hist. Franc. l. V c. 3, beide Stellen auch cit. bei Löning, Vertragsbuch 28, andere bei Siegel S. 22. Diese Quellen erheischen eine nähere Betrachtung bei einer geschichtlichen Würdigung des Treugelöbnisses (vergl. die Bemerkungen unter Kap. 4, sub B. in fin. Deshalb hier nur einen Fingerzeig). So früh wie durch Handschlag wird der Formalakt auch durch Eid vollzogen. Es wird also schon für das älteste Recht jene Präponderanz des Handschlages vermisst, welche bei einem unmittelbaren Zusammenhang mit der persönlichen Verpfändung doch der natürliche Zustand wäre. Aber ebensowenig wie für den Eid ist dieser Zusammenhang für den Handschlag aus den germanischen Quellen nachzuweisen. Tatsächlich lassen diese Quellen darüber keinen Zweifel, dass mittelst Eid oder Handschlag das fidem facere vorgenommen wird. Nun lag aber in der personae obligatio, wie wir sie hier betrachtet haben, überall kein fidem facere, sondern eine höchst sächlich aufgefasste Verpfändung der Person, bezw. ihrer Arbeitskraft und Freiheit (über diese Sächlichkeit auch unten 4. Kap. sub. B.) Das fidem facere bezeichnet vielmehr die Wadiation, eben die Fidesstipulation. Eid und Handschlag gehören dem Wadiationsrecht an. Dass dies wiederum nicht mit der Geisselschaft und persönlichen Verpfändung zusammenhängt, glauben wir durch die früher namhaft gemachten Erwägungen wahrscheinlich gemacht zu haben. Dass aber eine persönliche Obligation in der Separatbedeutung einer Ehrverpfändung in der Wadiation liege, ist durch nichts bewiesen. Über den Ausdruck fidem facere vergl. oben S. 407. Eid und Handschlag treten also an die Stelle der Wadia und dienen tatsächlich demselben Zweck: Jüngere Formen zur Perfektionierung des Schuldvertrages, und zwar zu einer Perfektionierung, welche immer auch schon eine bestimmte Haftung involviert (Realvertragprinzip). Diese Haftung ist aber keine andere als bisher. Fidem facere per wadiam gibt haftungsrechtlich nur ein Pfändungsrecht, eine germanische Mobiliarhypothek! Auch in diesem Punkte müssen wir uns vorläufig mit der Bemerkung begnügen, dass uns das Gegenteil aus den Quellen nicht beweisbar erscheint und müssen die positive Begründung und die Verwertung der vorgetragenen Ansicht für das mittelalterliche Recht späteren Ausführungen überlassen.

4. Kapitel.

Pönalsanktion und Haftungsformen im belgischen und niederländischen Recht.

Der Versuch, die haftungsrechtlichen Erscheinungen, welche uns die ältesten Quellen bieten, zu würdigen, nötigte uns, zwei sich gegenüberstehende neuere Theorien des Formalismus in synthetischer Weise heranzuziehen. Und selbst jetzt erwiesen sich die Grundlagen noch als zu eng, um allen Erscheinungen, die uns entgegentraten, gerecht zu werden. Ein dritter Vorstellungskomplex musste in die Betrachtung mit einbezogen werden.

Die Theorie Frankens vermittelt uns das Verständnis der Vermögenshaftung in der eigenartigen Form, in der sie uns als germanische Mobiliarhypothek entgegentritt. Aber wir mussten gewahren, dass die Personalhaftung in diesem Rahmen keinen Platz fand.

Umgekehrt die Theorie Puntscharts. Wohl bietet dieselbe eine Erklärung der eigentlichen personae obligatio. Aber wir vermissen eine genetische Beleuchtung der obligatio bonorum. „Ursprünglich", so schreibt der Verfasser des Buches über den Schuldvertrag und das Treugelöbnis[1]), „befand sich jeder Haftende als Geisel in der Gewalt des Gläubigers, um zu verfallen, wenn die Schuld nicht erfüllt werden sollte. Nachdem dieses Stadium der Haftung überwunden und letztere mit der Freiheit der haftenden Person verträglich geworden war, trat an die Stelle der Vergeiselung das Versprechen, sich im Fall der Nichterfüllung der Schuld zu stellen, die eigene Person als Pfand dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen, ebenfalls noch,

[1]) 490.

weil sie verfallen, gleich als ob Geiselschaft bestanden hätte. Dieses Versprechen war das Versprechen der Treue u. s. w. — —" Dann aber folgt die weittragende Wendung: „Als dann die Person im Falle der Nichterfüllung der Schuld nicht mehr wie ein Faustpfand verfiel, unbekümmert um das Verhältnis des Wertes des Haftungsobjektes zum Wert der Schuld, sondern als bei der Verwirklichung der Haftung das Vermögen in den Vordergrund trat, da wurde das Treuversprechen zum Versprechen, zwar auch noch immer sich selbst zum Pfand, dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen, aber erst dann, wenn der Gläubiger mangels von Vermögen die Person selbst zur Verwirklichung der Haftung benötigt und nicht mehr, weil die Person verfallen war."

Darnach tritt also die Haftung des Vermögens gleichsam schützend vor die Haftung der Person mit ihrem körperlichen Substrat. Und zwar ergibt sich jene unmittelbar aus der Entwicklung der engern, eigentlichen Personalhaftung. Wohl obligierte sich die Person als solche. Aber immer mehr verzichtete man auf das Recht, sie ihrer Freiheit zu berauben, solange man in dem schuldnerischen Vermögen Ersatz und Genugtuung finden konnte. Grundsätzlich aber liegt das gedankliche Endziel des ganzen Verfahrens doch in der Überantwortung der schuldnerischen Person.

Es ist zu beachten, dass Plank[1]) und Puntschart von dem Recht des Mittelalters, sogar des jüngern Mittelalters ausgehen. Entspräche nun ihre Auffassung dem wirklichen historischen Werdegang, dann müssten wir in den früheren Perioden der Entwicklung auf eine unbedingt dominierende Bedeutung und wirklich zentrale Stellung der Personalexekution im Rahmen des Haftungsrechtes stossen. Aber wer wollte behaupten, dass das germanische Recht eine solche Erscheinung bietet? Selbst wenn die Auffassung Planks für das spätere Mittelalter dogmatisch zuträfe, niemals liesse sie sich genetisch in dem Sinne Puntscharts verwerten. Nicht läge dann nämlich in dem jüngern Recht ein Hervorschieben der Vermögenshaftung und ein Zurücktreten der Personalhaftung vor, sondern umgekehrt, die Entwicklung hätte

[1]) Welcher zuerst einer derartigen Auffassung das Wort geredet hat, deutsches Gerichtsverfahren II § 133 f., vergl. oben S. 126.

dieser letztern zu einer grundlegenden Bedeutung verholfen, die sie nie zuvor besessen. Denn das lässt sich doch wohl aus den germanischen Rechtsquellen mit aller Sicherheit erkennen: Die Vermögenshaftung fristet ihr Dasein nicht als Magd der Personalhaftung, nicht als ihr provisorischer Ersatz und als ihre Aushülfe. Sie hat ihre eigene selbständige Existenz. Sie ist gleichsam sich selbst genug und findet keineswegs ihre begriffsnotwendige Ergänzung und Fortsetzung durch die Exekution in die Person. Wir sprechen von Begriffsnotwendigkeit. Denn eine solche wäre bei der Theorie Puntscharts die Krönung des mit der Pfandnahme einsetzenden Zwangsverfahrens wider den Schuldner bezw. Bürgen durch die Personalexekution. Davon ist nun aber nirgends die Rede. Primär und prinzipaliter haftet das Vermögen. Ja, es ist das zunächst die alleinige zivile Haftung, die mangels weiterer Beredung in Betracht kommt. Nur subsidiär tritt die Personenhaftung hinzu und sie muss — das eben zeigt die Unabhängigkeit der beiden Haftungen — in einem besondern Akt begründet werden[1])[2]).

Wie in dem Problem der Vermögenshaftung, so bedarf die Theorie Puntscharts auch in dem Problem des Vertragsformalismus der Ergänzung. Ja, nach dieser Richtung hin erwies sich die Theorie Frankens geradezu als superior. Sie berief sich auf die Naturnotwendigkeit des allmählichen Niederganges des Wadiationsrechtes — war dieses doch selbst nur das Produkt eines ständigen Niederganges pfandrechtlicher Institute — und liess es infolgedessen als natürlich erscheinen, dass die Wadia durch

[1]) Eine ganz anders lautende, aber auch ganz anders zutreffende Ableitung des spätern Haftungsrechtes gibt Huber, schweiz. Privatrecht IV S. 841 f., wo insbes. S. 843 die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung der Klausel „sub obligatione omnium bonorum“ eine Darstellung fand, die wir in dieser Schrift nur bestätigen konnten.

[2]) Es darf also vor allem auch nicht angenommen werden, wie man aus der zitierten Stelle Puntscharts S. 490 schliessen könnte, dass die Vermögenshaftung im Rahmen des persönlichen Haftungsrechtes die Funktion übernommen habe, einen Ausgleich zwischen Schuldbetrag und Ersatz im Satisfaktionsverfahren zu schaffen. In selbständiger Weise hatte sich in dieser Beziehung die Entwicklung im Recht der Vermögenshaftung bereits entwickelt, wenn wir vom Langobardenrecht absehen. Aber auch die Personalhaftung erwies sich zu einer derartigen Entwicklung durchaus fähig wie die früher genannten Beredungen zeigen.

den Handschlag ersetzt und abgelöst wurde[1]). Umgekehrt hingegen wird durch die Erklärung des mittelalterlichen Gelöbnis-Formalismus, wie sie Puntschart gibt, der Formalismus der Wadiabegebung noch nicht erklärt. Ja, wir stossen vielmehr bei voller Würdigung der dieser letztern zukommenden Wirkungen auf ernste Schwierigkeiten. Doch wie dem auch sei[2]) — im Haftungsrecht sind zur Erklärung der spätern Entwicklung wohl zwei Ausgangspunkte anzunehmen: faustpfandartige Haftung der Person — faustpfandartige Haftung von Vermögensobjekten, von Sachen. Auf dieser Grundlage vollzogen sich zwei in Richtung und Resultat analoge Entwicklungen. Sie führten zur hypothekarischen Haftung der Person, herzustellen durch symbolische Unterwerfung und zur hypothekarischen Haftung des Vermögens herzustellen ebenfalls durch symbolischen Akt, durch die Wadiation.

Doch älter als alles traditionslose Pfand, als alle hypothekarische Haftung sind die Vorstellungen, die alles zivile Schuldrecht im kriminellen Schuldrecht befangen sein liessen. Deshalb die Möglichkeit eines gewaltmässigen Vorgehens in einem Verfahren, das nicht Satisfaktions-, sondern Pönal-, Sühneverfahren ist. Auf dieser Basis gelangten wohl einzelne Rechte unmittelbar zu einer gesetzlichen und universellen Vermögens- bezw. Vermögens- und Personenhaftung. In der Mehrzahl der Rechte war dies aber darum unmöglich, weil die beiden genannten (beschränkten) Haftungen ja gerade zur Verhinderung des Pönalverfahrens errichtet wurden. Dies geschah in immer grösserem Umfange und schliesslich blieben überhaupt nur noch diese haftungsrechtlichen Vorstellungen lebendig. Aber auch die Entwicklung dieser vertraglichen Haftung wurde mannigfach von dem Pönalverfahren her befruchtet.

So glauben wir die Erscheinungen des germanischen Rechtes auffassen zu müssen, so um ihrer selbst willen. Aber nachträglich will es uns scheinen, dass sich uns so auch ungezwungen der Schlüssel bietet zum Verständnis des spätmittelalterlichen Haftungs- und Exekutionsrechtes. Es ist ja bekannt, wie viel-

[1]) Vergl. Schröder [4] S. 293 f., Huber 831 f. Auch darauf wird zurückzukommen sein.

[2]) Es wird in anderem Zusammenhange auf diese Probleme zurückzukommen sein, vergl. unten B. in finem.

gestalt und scheinbar widerspruchsvoll dies letztere ist[1]). Es ist nicht aus einem Gusse. Wie wäre das nach seiner Vorgeschichte auch möglich! Noch ist das alte Recht nicht bis auf seine Fundamente zerstört und überwunden. Im Gegenteil besteht noch die alte dreigestaltige Grundlage, die dem Ganzen seine architektonische Struktur verleiht. Dies ergab sich uns schon für das französische Recht. In erhöhtem Masse trifft es für das niederländische und das belgische[2]) Recht zu.

A. Ungehorsamsverfahren und Pönalsanktion.

Vorerst einige Rechtsaltertümer aus belgischen und holländischen Quelleu. Sie werden dartun, in welch weitgehender Weise noch in der zweiten Hälfte des Mittelalters und später das Rechtsleben in einen formalistischen Rahmen eingespannt war.

Die Ladung vor Gericht, das ajourner oder tagen[3]) geschicht an bestimmten Orten. Ursprünglich musste sie bekanntlich im Hause des Gegners geschehen[4]). Das führte schon in der Karolingerzeit angesichts der Grundbesitzer, deren Häuser durch die Normannen verbrannt worden waren, zu Unzuträglichkeiten[5]). Aber in der nachfolgenden Zeit traurigen Niederganges und Verfalles war eine solche Regelung vollends unmöglich. Nur selten wird mehr im Hause geladen[6]). Fast allgemein wird vielmehr die Ladung im Hause gerade verboten. Sie hat „auf königlichem Wege“ zu geschehen — unter freiem Himmel.

on l'amoine en justiche en royaul chemien[7]).

Es wird für jedes Verfahren untersagt, die Partei in einem geschlossenen Raum überhaupt vorzuladen.

---

[1]) Vergl. Plank a. a. O II, S. 244.

[2]) Über diese Quellen ist zu vergleichen Brunner, cit. im Quellenverzeichnis, ferner Defacqz, Ancien droit belgique 1873 und 1846, Vanderkindere, Institutions de la Begique au Moyen Age 1890 (nur ad a. 843), Britz, Code de l'ancien dr. belgique 1847. Viele der im folgenden benützten Editionen haben sehr beachtenswerte quellengeschichtliche Einleitungen.

[3]) Brunner, R. G. II 333, insb. N. 4.

[4]) Brunner l. c. S. 332.

[5]) Brunner R. G. I 379 f.

[6]) Nur diesen Modus nennt Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. III, 1642, S. 279.

[7]) Li Paweilhars No. 72.

In aliqua ecclesia, in taberna, in domo aliqua non licet villico, neque scabinis, nec eorum ministris ut precipiant quod aliquis veniat ad justitiam, vel propter catallum seu propter aliam culpam[1]).

Selbst um einen Missetäter vor Gericht zu ziehen, darf man nicht in ein Haus eintreten, es sei denn, dass ille qui in eadem domo manet es erlaubt[2]). — Bekanntlich konnte ein gerichtliches Verfahren auch durch vorsorglichen Zwang in der Form der Besate, der Arrestierung von Sachen oder Personen veranlasst werden[3]). Auch diese zwangsweise Herstellung einer Sicherung sollte nicht in einem Gebäude geschehen. Nur allmählich wurden Ausnahmen zugelassen. Dem Arrestierungsverfahren kam insbesondere Fremden gegenüber eine grosse Bedeutung zu. Es wurde nun, wenn zunächst auch nur schüchtern, gestattet, dass man unter Beachtung aller Vorsichtsmassregeln im Wirtshaus eine Besate vornehmen dürfe. Und dies gilt denn noch im 16. Jahrhundert. Man kann im Arrestverfahren in bloss formeller Weise, ohne Apprehension auf den Schuldner greifen. Aber in allen Fällen ist es verboten, ihn zu Hause anzugehen, wenn er es nicht erlaubt. Ist er aber nicht zu Hause, so müssen, so weit der Befehl auch in seiner Abwesenheit gültig gegeben werden kann, seine Angehörigen die Zustimmung erteilen[4]). Nur in Bezug auf Gasthäuser und ähnliche Gebäude von öffentlichem Charakter gilt ein anderes[5]).

---

[1]) Diplom von Philipp II. a. 1208, art. 11, Liège I, S. 364, vorgl. S. 368.

[2]) Diplom cit. art. 10.

[3]) Vergl. Rehme, Lübecker Oberstadtbuch 150 f., oben S. 338 und Plank dort cit.

[4]) Van besetten. Ende man mach lude besetten also wail in tauernen als op die strate. Mer weert dat ijeman queme in een herberge off in enich huijs ende daer ijnne bleue ende nijet optie straet ghaen en wolde ende onsen borgeren schuldich weer Soo sal onse borger ghaen anden weert ende seggen die knaep is mij schuldich sprect oen off hij mij voldoen wil buten ghericht dat wil ic nemen. Endo ist dat hij des nijet doen en wil so mach hij den besetten inder herberge. Kampen, das goldene Buch, S. 163 a. 1389.

[5]) Men en mach geen huysseeckinge doen, noch yemanden, t'zy gefaillerde persoonen ofte andere, om Civile saken in eenige huysen, noch oock in eenige schepen, in vlieten oft daer buyten liggende, alhier arresteren, apprehenderen, oft wt leyden, sonder wille ende consente vanden inwoonder, ofte in sijne absentie, van sijnen huysgesinne: wtgenomen

Wie an bestimmten Orten, so kann die Ladung auch nur zu bestimmter Zeit geschehen. Sie soll nur an bestimmten Wochentagen vorgenommen werden und nur zu bestimmter Stunde[1]).

Endlich werden Ladung und Besate in streng formeller Weise vorgenommen[2]).

Auf die Ladung hin hat der Schuldner zu rechter Zeit vor Gericht zu erscheinen. Eine Äusserlichkeit, eine bestimmte Form gibt dafür den Massstab, ob er rechtzeitig gekommen sei oder ob er als Contumax zu gelten habe[3]), wie denn überhaupt die Konstatierung, dass einer nicht erschienen ist, oder die andere, dass einer vorflüchtig geworden, in vorgeschriebener Form zu erfolgen hat[4]).

Die Gerichtsverhandlungen erfolgen in gebanntem Gericht[5]), wiederum: zu bestimmter Zeit und an bestimmtem Ort[6]). Es wird Lust geboten und Unlust verboten[7]) und die Parteien müssen bei ihren Worten bleiben.

tavernen, gasterijen etc. Maer arrestementen van goeden mogen soo wel in Poorters ende Ingesetene huysen gheschieden, als elders. C. d'Anvers tit. XXVII art. 15. Anvers Bd. II S. 118.

[1]) um des Maendages to richte tyt wird nach der Stadsrol von Ootmarsum 1507 ein Fronbote gegeben. Erst um die Mitte des 16. Jahrhunderts wird es nach dem Stadtrecht von Steenwijk zugelassen, dass der Schuldner an jedem Tage aufgeboten oder angepfändet werde. art. 20.

[2]) Darauf ist noch zurückzukommen.

[3]) Die sich nae dat gericht kiert ende antwoirt gift eer dat vinster gesloeten word, den mach men genon schaeden doen soe hij dan niet ongehoersam word geacht. Der Schuldner mag kommen bis die Fenster geschlossen werden; solange gilt er nicht für ungehorsam. Und gleich die interessante Fortsetzung der Stelle: Desgelijcx die bewijsen kan, dat hij enen sijner saecken volmachtich gemaect heft ende dieselfde versumde anspraecke te doen, soe sall die verworer niet wt den rechten sijn, doch mach sijne onkosten des daechs an den volmechtigen verhaelen. Im Falle einer Vertretung durch Bevollmächtigte soll der Schuldner nicht ausser Rechts gelegt werden bei Versäumnis, die der Vertreter sich zu schulden kommen liess. Campen (Croeser) Mitte des 16. Jahrhunderts. S. 31.

[4]) Hasselt No. 86.

[5]) viorscara bannita, Keure von 1240 No. 28, Warnkönig, Urk. II S. 76; vergl. Warnkönig cit. III S. 271 f

[6]) Vergl. Warnkönig cit.

[7]) Steinwijk, um 1550, art. 7 und 8. Burchard, Hegung der deutschen Gerichte 1893.

Maect ons lust, ende wat ick uw segge, daer wil ick by blyen; ende daer sall hy an lyenn, die die saacke syne is, ende wes hy daervan gesecht hefft, dat mach hy verbeterenn, verminderen noch vermeeren, dan hy sal by den seluen woorden blyuen[1]).

Insbesondere soll der Beklagte auch bei der Klage um Schuld nur mit Ja oder Nein antworten.

Beclaget eyn gast eenen porter, so sal die porter daerup antwarden neen of ja. War dan die porter bekent, dat sal hy dien gaste gelden binnen vierten nachten. Doet hys niet, so magh one die gast doen penden voer dat hy om becant heft[2]).

Der Beklagte kann sich durch Eid purgieren. Dabei bedarf er wohl auch noch in Zivilsachen des Beistandes von Eideshelfern, die schwören, dass sein Eid vollwertig und gut sei[3]). Der Eid wird gestabt[4]). Ein Verstoss gegen die Formvorschriften macht sachfällig. Erst spät bestimmen unsere Rechte, dass ein Formfehler zunächst nur die Schuldsumme um ein Bestimmtes erhöhen soll. Und nur wenn der Schuldner bei dreimaligem Schwören der „Gefahr“[5]) nicht zu entrinnen vermag, soll er seine Sache verloren haben[6]).

---

[1]) Art. 8 cit.

[2]) Kondichbroek der Stad Zutphen 1356—1357 No. 59. Doch gilt dies keineswegs bloss im Rechtsstreit zwischen Bürgern und Fremden, sondern auch für die Einheimischen schlechtweg. Kan his mit scepene neit tobrenken, so mach hie one sculdeghen ende de andere mach seggen ia of neyn. Stadtbuch von Zutphen, erste Hälfte des 14. Jahrh. § 12; vergl. Brunner R. G. I 180, II 342 f., insb. 346, Entstehung der Schwurgerichte, 44, Schröder R. G. 85, 362.

[3]) Brunner R. G. II 378 f., dort über niederländisch mittelalterliches Recht S. 379 N. 8 382 N. 31, 385 N. 59, 387 N. 72, Schröder 364 f., 772, Warnkönig III 295 f. Ouste Rechte van het Baljuwschep van Zuidholland, Dordrecht II S. 265 N. 61 goede wittachtige mannen, welche schwören, dat synen eedt oprecht ende voer goet gehoudeu wordt.

[4]) Brunner II 427 f., 427 N. 2 niederl. Eidspiel, vergl. Nijmegen, S. 459, Cursus 1385 N. 14. Hasselt, 15. Jahrh. S. 112 Vanden Eedt toe stauen.

[5]) Siegel, Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang, Wiener Sitzungsberichte LI.

[6]) Valt hy daerinne gebreckelicken soe sal hy verbuert hebben tot twee reysen toe, tot elcke reyse thien schellingen, ende vollbrengt hy den eedt niet den dorden off daerenbinnen, soe sal hy saecke verloren ende daeraen verbuert hebben thien pondt etc., oudste Rechten van het Baljuwschap van Zuidh. cit.

Der Unterliegende muss dem Kläger „bei scheinender Sonne“ genugtun, d. h. noch am Tage des Gerichts vor Anbruch der Nacht[1]. Der Schuldner „zahlt“ mit Geld oder mit Pfändern[2]. Auch das Lösen der Pfänder muss bei scheinender Sonne geschehen[3]. Verbürgt sich jemand vor Gericht für einen andern, so muss dieser andere ebenfalls vor Gericht anwesend sein[4].

Ursprünglich galt wohl der Grundsatz, dass ein jedes Rechtsverhältnis nur in derjenigen Form gelöst werden könne, in welcher es auch begründet worden, nur vor derselben Instanz, nur unter analogen Formalien. Ein Ausfluss und ein Überrest dieser Auffassung ist es, wenn ein Keurbrief gegen 1190 bestimmt:

Quidquid invadiatur coram scabinis, solvetur coram scabinis. De omni eo, quod invadiatur coram scabinis, duo scabinis poterunt cognoscere usque ad X libras; tres XV libras; quatuor XX libras; septem omnia. Et quotquot scabini possunt cognoscere alienjus debitum, totidem cognoscere poterunt ejusdem solutionem[5].

Die Besate im vorsorglichen Zwang findet in streng formeller Weise statt. Es wird die Hand auf das Gut gelegt und dasselbe unter bestimmter Wortformel als bekummert erklärt. Zeugen müssen bekunden, dass die vorgeschriebene Form innegehalten wurde[6]. Dasselbe gilt nun aber auch für

---

[1] Campen (Croeser) S. 91, 451, Nijmegen 451.

[2] Li Paweilhars N. 8, N. 58 dat salmen betalen bi schinender sonnen mit reeden gelde off mijt gueden panden. Goldenes Buch von Campen S. 159.

[3] Ende losset mon die pande nijet op ten dach bi schinender sonnen so mach die ghene dien die pande gesat sijn die vercopen etc. Campen 158.

[4] Et sachiez que nulle personne, queile qu'il soit, no se puet obligier devant justice, se li personno pour euy il soy oblige, ou son mambour pris par justice n'ost là présens. Li Paweilhars N. 194. Nach dem Paweilhars werden die Bürgen bei Nichterscheinen des Angeklagten mit derjenigen Strafe bestraft, welche den Angeklagten getroffen hätte. No. 56 vergl. Liège I S. 164.

[5] § 8 C. der Franc de Bruges Bd. II.

[6] Den rechter. Ick vraech u, N., alsoe N. besettinghe begeert, wat ick hem schuldich ben te doen met recht.

Den heemraet. Ick seg dat ghy hem recht doen sult, op sijn ban ende boeten.

Item soe seyt die rechter tegens de party die recht versoect:

die Aufhebung des Arrestes. Die Quellen statuieren ihre forma dearrestationis, die forme van guede te doen ontsetten[1]). Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass auch die gerichtliche Pfändung in entsprechenden Formen sich bewegt[2]).

Dagegen ist für die Gedankengänge, die wir sofort aufnehmen und des nähern verfolgen werden, von besonderer Wichtigkeit und darum besonders hervorzuheben, dass auch der Zahlungsbefehl in genau der gleichen Weise, d. h. ebenso formell erfolgt, wie die Ladung. Das commander geschieht durch „Mund und Brief und Bote“ [3]) und ebenso wie die Ladung ausschliesslich auf königlichem Wege[4]). Ja für den Zahlungsbefehl gilt in

---

Legter u handt op dat ghy besedt wilt hebben. — Alsoe besedt ick dat goet van sheeren weegen, een, twee, drie ende vierwerff; ick gebye dat niemandt dat goet en ript noch en vervoort, op die hoochste boeten die te lande staen; dat gebye ick van sheeren weegen, een, twee, drie ende vierwerff. Ick vraech u, N., of ick dat goet besedt heb naeden rechte vanden lande, ofte niet.

Den hoemraet. Jae.

Den rechter. Ick vraech u, N., off die party van deese besettinge schuldich is eenich weet te hebben.

Den heemraet. Jae.

Den rechter. Alsoe partyen haer recht aenden heer versien, soe vraech ick u, N., hoe die heer hem selven schuldich is te ontlasten ende die partyen te vreeden te schicken.

Den heemraet. Ick seg datmen dat goet besteeden sal te wachten, op sgoets cost, cenen man die solvent genoech is, ter tijt toc dattet goet verborcht is off die partyen te vreeden geschict sijn.

Den rechter. Ick vraech u, N, off dio man solvent genoech es veert goet, om te wachten.

Den heemraet. Jae.

Den rechter. Ick vraech u, N., off deese man solvent ghenoech es om dit goet te verborgen, ofte niet.

Den heemraet. Jae. Do Dingtaal van Zuidholland Dordrecht II 314 f.

[1]) Nijmogen S. 468. Ganz besonders komplizierte und interessante Formen ausführlich in den C. d'Anvers „Impressae“, tit. XXVIII, Anvers Bd. II, S. 127 f.

[2]) Vergl. in dem vorige Seite No. 6 cit. Dingtaal Lüttich Bd. II, S. 381. Ord. von 1551 No. 77 u. v. a.

[3]) Lettre a. 1361 No. 7 Lüttich II S. 15.

[4]) ilhe li doit commandeir à payer en royaul chomien, par le tesmoingnaige dos esquevins, si hault que loy onsengue. Et si appellons royaul chemien partout sens maisons et sens clossin, tant que pour faire le commant. Li Pawoilhars No. 14. Liège I 80.

noch höherem Masse, dass er nicht mehr im Hause des Schuldners vorgenommen werden dürfe. Darin eben ist ein Beweis dafür zu erblicken, dass die merkwürdige Wandlung, welche im fraglichen Punkte aus den Quellen gegenüber dem ältesten Rechte zu erkennen ist, auf die schon angedeutete Art zu erklären sei: Man fürchtet Störungen der Ordnung, Exzesse[1]). So ist es möglich, dass tatsächlich das ajourner, die Ladung immer noch im Hause des Gegners stattfindet. Erfolgt dann aber das Obsiegen des Klägers, dann bleibt für den Zahlungsbefehl das Haus verschlossen. Nur unter der Haustüre darf das commander an den Schuldner gerichtet werden.

Pour queilconques debtes que ce soit, on porat adjourneir le borgois en sa maison par le botilhon ou forestier de lieu, par trois adjours; et s'ilh ne compeirt ou soy excuse raisonablement ensi que loy requiert, on li commanderat le debte ou le covent alle usserie de la maison, avoikes les amendes à payer etc.[2]).

Doch genug! Diese Zusammenstellung war willkürlich und sie könnte aus unseren Quellen in infinitum fortgesetzt werden. Aber sie zeigt bereits, worauf es hier ankommt: die Herrschaft der Form. Das Rechtsleben vollzieht sich in einer starren Formalordnung[3]).

Eine solche Rechtsordnung muss hart und streng sein, oder — sie ist überhaupt nicht. Überall wo sie auf den Willen und das Handeln des Menschen abzustellen hat, wird sie vor den äussersten Mitteln nicht zurückschrecken, um sich durchzusetzen. Ihre Organe erlassen zu diesem Behufe zunächst Befehle. Und diese müssen strikte ausgeführt werden. Das ist Genossenpflicht. Es hiesse diese Rechtsordnung bis in ihre Grundlagen hinein negieren, wollte man einem solchen Befehle nicht nachkommen. Das wäre Ungehorsam, Versäumnis der

[1]) So erklärt es sich auch, dass zwar noch die Güter im Hause besetzt werden dürfen, vgl. oben S. 437 No. 5, nicht aber die Person des Schuldners selbst, l. c. ferner noch 1662 in Lüttich Bd. III, S. 320. Übrigens erfolgt wie die Pfandnahme, so auch das Ergreifen der Person mit dem Schlüssel des Bürgermeisters. Ordonnanz von 1551 No. 77. C. c. Bd. II, S. 381, Records 1537 Bd. III, S. 26.

[2]) Mutation 1386 N. 29, Lüttich II, S. 66, vergl. Brunner II, S 334 N. 13.

[3]) v. Amira, Grundriss 212. Grimm, deutsche Rechtsaltertümer 4. Ausg. Bd. 2 S. 351 fg., Heusler Institutionen I, 60 fg. Brunner, Grundzüge[2] 157 f.

Genossenpflicht, — eine Missetat! Und die entsprechende Reaktion von seiten der verletzten Rechtsordnung bliebe nicht aus.

Unsere Quellen berichten ausführlich von der Ladung[1]), von dem Aufbieten vor Gericht. Das ist begreiflich bei der eminenten Tragweite dieser Rechtshandlung. Es wird darum nicht nur genau die Form beschrieben, in welcher sie sich vollziehen soll, sondern es wird auch gewissenhaft festgesetzt, an wen die Ladung ergehen dürfe, wenn der Schuldner nicht anzutreffen ist. Dann soll das Aufgebot rechtskräftig auch an seine Frau oder seine Kinder oder seine Freunde abgegeben werden können. Und diese sind gehalten, es weiter zu geben[2]). Oder es werden noch die Nachbarn besonders genannt[3]) oder das Gesinde soll den Befehl entgegennehmen[4]). Dass diese einlässliche Regelung ihren Grund in der grossen Bedeutung der Ladung hat, zeigt sich vor allem auch darin, dass die ganze Form derselben gelegentlich gerade nach den Wirkungen bestimmt wird, welche eine resultatlose Ladung zur Folge hat. Es soll ein jeder einen andern vor Gericht laden können, und es soll der Partei geglaubt werden, wenn sie unter ihrem Eid versichert, die Ladung gehörig vorgenommen zu haben. Aber besteht die Folge des Nichterscheinens in Sachfälligkeit oder in Bannlegung, dann darf die Partei nicht allein laden. Dann müssen ihr zwei Schöffen oder gute Zeugen zur Seite stehen[5]).

[1]) Warnkönig III 278 f.

[2]) Dat ijeman van onsen borgeren schuldich weer den anderen onsen borgere een summe golts off guet ende sijn dach omquamo onde die ghene die schuldich weer sot onser Stat weeke off dann nijet in der Stat en weer. So mochte die ghene den men schuldich is des anderen wijff off sijne kijndere off vriende doen bieden voer Scepenen. Stellt sich heraus, dass diese Angesprochenen, Frau odor Kinder oder Freunde keine Weisung haben, die Schuld zu bezahlen, dann wird ihnen aufgetragen, das Aufgebot dem Schuldner zur Kenntnis zu bringen und zwar in vier Wochon, wenn er im Lande weilt, oder in einem halben Jahre, wenn er ausser Landes gezogen ist. Goldenes Buch von Campen S. 162/3.

[3]) Campen (Dr. Croeser) S. 15. Dabei wird aber ein besonderes Weiterleiten nicht mehr vorgesehen. Wenn die Angehörigen oder das Gesinde das Aufgebot entgegengenommen haben, findet das Verfahren seinen Fortgang, gelijck off hem sulcx an sijn persoen gedaen were.

[4]) Campen l. c., Steenwijk Nr. 19 S. 19.

[5]) Alost, le nouvel previlegue 1330, Nr. 28. Vergl. Nr. 29. Aber es ladot hier immer noch die Partei, vergl. Brunner II 332.

Die Ladung ist ein Befehl. Wer diesem nicht gehoreht, ist „ungehorsam". Und dieser Ungehorsam macht bussfällig.

Want eenich persoen aengesproken is op syn tweede genachten, en hy niet voort en coempt als hy geroepen wordt, men sal wysen voort binnen den gedinge; ende als men op dingende is, soe wyst men gelt oft pandt binnen der sonnen; dan, te versuecken des scholteten, wyst men alsulcken **misdedich** op VII schillingen, **als van ongehoorsaemheyt**, altyt op alsoe dat die partye inbrenge dan, by der ersten genachten, onschult, wellige onschult die't lantrecht pryst[1]).

Ennich van onsen borgeren, die voer het rechte off denn gerichte gelaedenn wordt ende geboden is ende die selue niet en quame ende **onghehoorsaem** wtbleue noch den anspraecker niet en antwoorde, wer dergestalt nicht gehorcht, zahlt eine Busse zur Hälfte an den Bürgermeister, zur Hälfte der Stadt. Dann erfolgt ein zweites Aufbieten. Bleibt er wieder ungehorsam weg, dann zahlt er das Doppelte der ersten Busse, wiederum in der genannten Weise verteilt. Dann soll man ihn ein drittesmal doen verdachuarden. Dann erfolgt Bussfälligkeit für das Dreifache etc.[2]).

In aller Deutlichkeit sagen es also die Quellen: Nichterscheinen nach erfolgter Ladung ist Ungehorsam und macht bussfällig[3]). Stets erfolgen mehrere, in unseren Quellen regelmässig drei Ladungen[4]). Dabei kann schon die erste Ladung zu einer Busse führen oder aber die Bussfälligkeit tritt erst ein, nachdem sämtliche Ladungen sich als erfolglos erwiesen haben. Die Busse wird durch das Gericht ausgesprochen.

Mit der Bussfälligkeit tritt auch Sachfälligkeit ein[5]). Aber

---

[1]) Loensche Landrecht art. 8 Looz I. S 42.

[2]) Sachfälligkeit und Haftung für allen Schaden und alle Kosten. Steenwijk, Stadtbuch aus der Mitte des 16. Jahrhunderts Nr. 21 S. 20. Vergl. Stadtrecht von Ommen, 1451, Li Paweilhars Nr. 58, ferner die bei Warnkönig III S. 281 Nr. 808 cit. Quellen.

[3]) Brunner II 461.

[4]) Brunner II 337, insb. auch Nr. 31 u. i. A. Sohm Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung 114f., Bethmann-Hollweg I, 26, 472, über das Recht der fränkischen Zeit auch Schröder 374fg. und die dort Nr. 83 cit.

[5]) Vergl. oben S. 407, 414, ferner Warnkönig l. c. 809, ausführlich über das mittelalterlich-deutsche insb. sächsische Recht Plank, Gerichts-

der Schuldner, der von vorneherein sich nicht auf die gerichtliche Verhandlung einliess, wird nun schwerlich gesonnen sein, seinen durch die ihm auferlegten Bussen erhöhten Verpflichtungen nachzukommen. Doch in diesem Falle findet das Ungehorsamsverfahren seinen unmittelbaren Fortgang. Über den Bussschuldner wird der Bann verhängt. Er wird nun nicht mehr geladen, sondern es wird ihm befohlen, die Bussen und die Schuld zu zahlen und gleichzeitig wird ihm für den Unterlassungsfall die Verhängung des Bannes angedroht.

Se uns hons demande debte à une aultre homme pardevant justiche, et chis n'y responde à la demande, et li maire le mette en warde, et li partye s'en déplainde, chis at attenté sa debte qu'ilhe li arat demandeit, et la justiche VII sous, lesqueilz deniers li mairez li doit et puet commandeir que ilhe les payet de soleal luiseant, ou ilhe voist gesire arier le justiche[1]).

Pour queilconques debtes que ce soit, on porat — adjourneir le borgois — par trois adjours; et s'ilh ne compeirt — on li commanderat le debte ou le covent — avoikes les amendes à payer dedens trois jours, sour estre bannis fours delle justiche ou banlieu etc.[2]).

Leistet der Contumax nicht in der angesetzten kurzen Frist, so wird der Bann ausgesprochen. Der Ungehorsame wird zum „exlex"[3]).

Super debito pecuniae citari potest quilibet — — ad querimoniam alterius: et si citatus non comparuerit banniri debet[4]).

Die Bannlegung ist die Krönung des Ungehorsamsverfahrens. Ihren formalen Grund findet sie in der Bussfälligkeit und diese ist die Sanktion der Gehorsamsweigerung. Und wie sehr dies alles sich in formellem Rahmen abspielt, zeigt jenes

verfahren § 140, 141. Dort auch über das Nichterscheinen des Klägers § 146, Schröder 375, Warnkönig III 281, vergl. dort Nr. 811, v. Amira, Grundriss 221.

[1]) Li Paweilhas 58.

[2]) La mutation 1386 Nr. 29.

[3]) Alost, Le nouvel previlegue 1330 No. 59. Extra legem erit. R. der Freien von Brügge II S. 14 § 50 f.

[4]) Keure der vier Ämter 1242, X 27, Warnkönig, Urkundenbuch II S. 191, vergl. ferner Warnkönig III N. 811.

dem 16. Jahrhundert angehörige Stadtrecht, das bestimmt, der Geladene gelte nicht als ungehorsam und man solle ihm keinen Schaden antun, wenn er im Gericht erscheine, bevor die Fenster des Gerichtssaales geschlossen würden, und ebenso soll der Geladene wegen einer Säumnis des von ihm bestellten Vertreters nicht „wt den rechten“ gesetzt werden[1]).

Daraus geht nun schon hervor, dass ein derartiges formales Unrecht keineswegs bloss der Ladung gegenüber verübt werden kann. Es ist vielmehr anzunehmen, dass grundsätzlich jeder rechtskräftige formelle Befehl, insbesondere jede gerichtliche Aufforderung in thesi zum Ungehorsamsverfahren führen kann[2]).

Die Rechte unseres Quellengebietes gehen darin tatsächlich ausserordentlich weit. Es scheint dies geradezu der bevorzugte Modus der Rechtsdurchsetzung gewesen zu sein. Denn er kommt selbst da zur Anwendung, wo ein anderer und unmittelbarer Weg nicht ausgeschlossen gewesen wäre.

So wird dem Schuldner befohlen, in den Schuldturm zu gehen Leistet er dieser Aufforderung nicht Folge, so verfällt er in Busse. Denn er ist ein Ungehorsamer. So das Stadtrecht von Nijmegen:

Man pfändet zuerst das Vermögen des Schuldners, soweit man desselben habhaft werden kann. Ist der Gläubiger noch nicht befriedigt, so soll der Schuldner weitere Pfänder anweisen und endlich wird ihm befohlen, in den Schuldturm zu gehen. Nochtant sall hijt doen, ende dairtoe sullen die burgermeister off baden tot gesijnnen des anleggers, wannere die baden gegichticht hefft op synen ett dat hy den schulder beveel gedaen hed, te doen als vurser. steet, ende die schulder darijn ongehoirsam worden weer, den ongehoersamen antasten ende opter poerten voirs. leiden, dairop to blyeven ter tijt toe den anlegger volschiet is, ende den here onser stat die broecken dairop staende betailt sijn[3]).

Dieselbe Auffassung liegt folgendem Falle zu Grunde. Der Gerichtsdiener P. hält bei sich auf Betreiben des Gläubigers S. den Schuldner R. gefangen. P. beschwert sich beim Gericht über

[1]) Oben S. 438 N. 3.

[2]) Vergl. v. Amira, Grundriss, 212.

[3]) Oude nieuwe brief 1471 N. 11.

S. und verlangt Bezahlung oder Sicherheit für die aufgewendeten Kosten. Das Gericht spricht sich dahin aus, dass allerdings S. die Kosten zu zahlen habe, wenn er wolle, dass sein Schuldner im Schuldturm sitze. Nun gelangen für diesen Fall die mittelalterlichen Rechte durchweg zur Annahme einer gesetzlichen Zahlpflicht bezw. Haftung des Gläubigers. Anders hier — es handelt sich um das Recht von Namur — hier wird dem Gläubiger aufgetragen, sich zu obligieren. Da er dem Befehl nicht nachkommt, wird demselben durch Busse Nachdruck verliehen.

En ensuivant lequel jugement, ledit mayeur enjoindi audit S. de finer et soy obligier de payer ledit sergant, en cas toutes voyes, là où icellui sergant ne les pouroit avoir dudit R. Quoi oyant, ledit S. dist et respondi tout court que, par le Sang Dieu il ne s'en obligeroit jà; et tellement que le desseur dit mayeur le calenga, de la somme de cent florin — — ou de tous ses biens meubles, ou de telle autres amende que eschevins diroient qu'il avoit fourfait[1]).

Es wird also befohlen, eine Haftung herzustellen oder eine solche selbsttätig zu realisieren. In beiden Fällen stehen Bussfälligkeit und Ungehorsamsverfahren hinter dem Befehl.

Es ist nun aber auch nur eine unmittelbare Konsequenz der diesen Erscheinungen zu Grunde liegenden Auffassung, wenn dem unterliegenden Schuldner zu zahlen befohlen wurde und er dadurch bei Nichtbefriedigung des Gläubigers bussfällig wird, sodass nunmehr gegen ihn das Ungehorsamsverfahren seinen Lauf nimmt[2]).

Darauf wird sogleich einzugehen sein. Es soll nur eine Bemerkung über diesen Bann vorausgeschickt werden. Dieser Bann ist pönaler Natur und ein direkter Abkömmling der Friedlosigkeit. Dieses letztere geht daraus hervor, dass er selbst gelegentlich noch so genannt wird. Der Schuldner wird noch im 15. Jahrhundert „friedlos“ gelegt.

Dede ienich man pantweygeringhe van bekande schult, daer hem een ratman een boet van ghedaen heuet bynnen XXI daghen te bitalen biden X pennighe to broke, de breket ene

[1]) Rep. von 1483 No. 6. Namur Bd. II S. 141.

[2]) Vergl. Brunner, Über den Ungehorsam gegen das Urteil II 452 f., Schröder 374.

sware marc to der stad behoef; ende voert so mach de raetman terstond beden den schuldener by eenre sware marc to broke, dat he den clager voer sine schulde ende der stad ende den raetman voer oer broeke vanden X pennig voeldoe by sunnenschine. Ende he sal mede seggen, doet he neet vol by sonnenschine, dat he des nasten rechtdaghes voerden houe en waerneme; de borgermeyster myt sinen ghesellen, de dat recht biwaren voerden houe, sullen mitden rechte voertvaren ende hem **vredeloes** (leggen) sonder nachtforst daerof to nemen, beyde voer broke ende voer schulde[1]).

Der Schuldner hat die Schuld vor dem Rat bekannt. Ein Ratsherr befiehlt ihm, unter Bussandrohung, innerhalb 21 Tagen zu zahlen. Lässt der Schuldner diese Frist verstreichen, so hat der Ratsmann ihm sofort nochmals Zahlung anzuempfehlen. Auch die Busse an die Stadt und den Rat — zehn Pfennige — soll er zahlen, alles noch an demselben Tage vor Sonnenuntergang. Bei erneutem Ungehorsam beträgt die Busse eine schwere Mark. Und es erfüllt sich, was schon beim zweiten Befehl angedroht wurde: Am nächsten Rechtstage wird auf Betreiben des Rechtsmannes durch Urteil auf Friedloslegung erkannt und daraufhin wird sie vom Bürgermeister ausgeführt. Dabei schreibt unsere Stelle vor, dass dies sofort zu geschehen habe. Weiterhin wird aber doch bestimmt, dass der Schuldner noch eine Nacht Friede haben soll.

Soe woer een man wort vredeloes gheleghet umme schult, de he ghelden sal, of voer broke, den he schuldich is den rechte of den raede, de sal vrede hebben van der tijd dat he verleghet is to den anderen daghe dat de zonne upgaet[2]).

Die pönale Natur dieser Bannlegung ist mit dem bisher Gesagten bereits erwiesen. Es muss indessen doch noch hervorgehoben werden, dass der Bann genau derselbe ist wie derjenige, mit dem irgendwelche — andere — Missetäter bedroht werden[3]). Freilich gibt es verschiedene Abstufungen in den Folgen der Bannlegung. Sie kann die Konfiskation des Ver-

[1]) Stadtbuch von Groningen IV 16 S. 36.

[2]) Mer worde he verleghet van quador daet, so blyuet he rechtsvoert buten vrede ende he bliuet ewelike vredeloes VI 129 S. 51.

[3]) Vergl. Keure der vier Ämter. Warnkönig. Urkundenbuch II N. 222 tit. 10, Antwerpen „Impressae“ tit. XVII Bd. II S. 72.

mögens zur Folge haben oder sie kann sich in ihren Wirkungen auf die Person allein beschränken [1]. Die Lösung ist bald eine leichtere, bald eine schwerere [2]. Aber immer handelt es sich um Differenzierungen, die sich offenbar erst spät herausgebildet haben. Obschon die Wirkungen i. A. nun allerdings denjenigen des Vorbannes [3] entsprechen, so ist doch, wie in vielen andern Punkten, so auch hier im einzelnen die Erinnerung an das vorkarolingische Recht lebendig geblieben. Wenn der Bann als Friedlosigkeit behandelt wird, so ist dies beweiskräftig genug. Dazu kommt, dass in Brügge die Tötung eines jeden aus irgend welchem Grunde Verbannten, noch im 14. Jahrhundert, wenigstens nach dem Wortlaut des Gesetzes, straflos ist.

Quiconques sera banniz pour amende pecuniaire, de vie, de membres ou de vilain fait, ou par autre raison quele quelle soit, a termes, qui revenra ou pays, et dedens les bonnes (sc. für bornes) dont il sera banniz, et dedens les dis termes, qui tel banni mettra a mort, il sera quitte et deliure du fait [4].

Ungehorsam werden kann der Schuldner nicht nur gegen die Ladung. Er kann es in gleicher Weise auch gegen das Urteil. Bereits haben wir einzelne hierher gehörige Fälle kennen gelernt. Die bedeutsamste Möglichkeit, ungehorsam zu werden und der Ungehorsamsreaktion zu verfallen, liegt in der Erfüllungspflicht nach dem Unterliegen im Rechtsstreit. Der Schuldner soll erfüllen. Es kann nun allerdings ein Satisfaktionsverfahren eintreten, indem auf Grund einer Haftung sich der obsiegende Gläubiger an den einstehenden Objekten Schadens erholt. Doch — es ist auch die Möglichkeit einer Strafsanktion auf Grund des Ungehorsamsverfahrens ge-

---

[1] Vergl. die vorige Seite No. 3 cit. Keure, Warnkönig III 281 und der Fortgang unserer Darstellung.

[2] Keure cit. Verschiedene Busse bei Rückkehr, goldenes Buch von Kampen S. 149. Die gleiche Busse zahlt, wer ihn aufnimmt. Also auch den Verbannten aufzunehmen, ihm zu essen und zu trinken zu geben, ist verschieden strafbar. Bei Aufnahme eines um Schuld Verbannten muss, wer ihn aufnimmt, bald eine wie in den andern Fällen zum voraus bestimmte Busse bezahlen, bald auch die Schuld selbst übernehmen. Gent. Cahier prim. Rubr. III 321 No. 1, Warnkönig, Urkb. I S. 38 § 6, vergl. Groningen S. 50.

[3] Brunner II 465, Schröder 342, 375.

[4] Charte von 1330 no. 65, R. der Freien von Brügge Bd. II S. 74 f.

geben. Es muss dabei betont werden, dass dies ein wesentlich anderes ist als das zivile Ersatzverfahren, als die Exekution. Beim Ungehorsamsverfahren ist überall kein Raum für eine Haftung. Wir haben das Verfahren bereits in wichtigen Anwendungen kennen gelernt. Dabei konnte, soweit wir uns an das germanische Recht halten, das sie zum Ausdruck brachten, von Haftung im Sinne der zivilen Einständerschaft überall nicht die Rede sein. Der Ladung muss Folge geleistet werden[1]. Auf dieser Basis baute sich das germanische Mahn- und Betreibungsverfahren auf, das ein Pönalverfahren ermöglichte, wo ein ziviles noch ausgeschlossen war. Der gesamte Fortgang des Ungehorsamsverfahrens beruht auf dem Bestreben, die Rechtsweigerung zu überwinden resp. zu sühnen. Der Gesichtspunkt des Ersatzes kommt dabei zunächst nicht in Betracht. Und wenn dem wirklich so ist, so muss schon daraus gefolgert werden, dass dem Verfahren eine Einständerschaft, eine Obligation nicht zu Grunde liegen kann. Deshalb liefern denn auch für die Richtigkeit dieser Gesamtauffassung den sichersten Beweis jene Rechte, welche ein unmittelbar ziviles Exekutionsrecht überhaupt nicht kennen[2].

Nach dem früher Gesagten liefert das germanische Recht folgende Grundlage für die schuld- und haftungsrechtliche Entwicklung der künftigen Perioden: Aus der Wadiation als dem Schuldvertrag ist die Möglichkeit eines Mahn- und Betreibungsverfahrens und damit der Pönalsanktion gegeben. Ein „Haften“, wenn auch ein ganz anderes als aus einer Obligation, liegt also allerdings schon im schuldnerischen, feierlich eingegangenen Sollen. Aus der Wadiation als dem nicht nur die Schuld, sondern auch die Haftung begründenden Akte, resultiert ferner ein Pfändungsrecht, welches zur quasihypothekarischen Vermögenshaftung wird. Ausserhalb der Wadiation steht die persönliche Haftung. Diese letztere sei hier vorläufig nicht in den Kreis der Betrachtung einbezogen. Dagegen müssen wir uns allerdings fragen, was aus dem materiellen Wadiationsrecht im Laufe der Zeit geworden sei. Es mag zunächst für arg

[1] In dem Aufsatz über das Treugelöbnis (vergl. unten sub. B.) wird darauf zurückzukommen sein. Vergl. oben S. 398, 409 fg., 414, 442.

[2] Und solche Rechte gibt es, wenn auch nur vereinzelt, noch im spätern Mittelalter, vergl. unten S. 453.

schematisierend gelten, wenn wir in scharfer Unterscheidung und Trennung der ursprünglichen Wirkungen diese drei Möglichkeiten aufstellen: Es ist nach dem Verfall des alten Rechtes entweder das Pfändungsrecht allein übrig geblieben, oder aber die Pönalsanktion allein, oder endlich es bestehen beide nach wie vor nebeneinander. Aber es wird sich erweisen lassen, dass jede dieser drei Möglichkeiten sich auch tatsächlich in dem einen oder andern Rechtsgebiet verwirklicht resp. erhalten hat. Hier interessieren zunächst nur die Rechte der zweiten und dritten Gruppe. Und zwar sei zuerst auf die letztere hingewiesen.

Sie wird hauptsächlich durch das Genter Recht in der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts repräsentiert. Allerdings existiert nicht mehr jene merkwürdige Alternative: Pfändung oder Friedloslegung. Vielmehr wird tatsächlich der Schuldner zuerst gepfändet. Wenn aber die Pfändung eine erfolglose war, dann ist nachher immer noch die Eröffnung des Ungehorsamsverfahrens möglich. Was einst, einander ausschliessend, nebeneinander gestanden, das steht jetzt cumulativ hintereinander. Die grosse Charte von Gent[1]) aus dem Jahre 1297 bestimmt[2]).

Ende so wat schulde die hi vonnesse van scepenen ghewonnen wert, ofte die scepenen kenlic es, die scult mach men panden up syn goet so waer dat gheleghen es binnen Ghend, ende vint menre niet te pandene, soo es menne sculdech te ghebiedene te sinen huus binnen Ghend, heift hy huus; woent hy oec binnen der poert van Ghend niet, so moet menne ghebieden in vierscaren up L ponden binnen viertien nachten in te commene ende redene te doene den ghenen dien hy sculdech es. Ende nen doet hys niet, so mach menne verwinnen van L ponden. Ende als hy verwonnen es, so mach menne anderwarven alsoet vorseit es ghebieden van L ponden, ende verwinnen van L ponden alsoet vorseit es. Ende alse hy verwonnen es te drien viertien nachten van drien warven L ponden also alset vorseit es, so es menne sculdech te ghebiedene in vierscaren binnen viertich daghen in te commene

[1]) Gand S. 426 f

[2]) N. 85.

ende redene te doene den ghenen dien hy sculdech es, ende diene vervolghet heift also alse vorseit es; ne dade hys niet, ende na den viertichsten dach de vorseide claghere comt diene vervolghet hevet ende hy voert wet heescht, men essene schuldech te wisene ute sire wet bi der kenlicheden van scepenen na de wet van der poert van Ghend; ende in deser vorseider ghelike so mach poertre van Ghend van sculde dat hem vremd man sculdech es imminghe doen metter wet.

Es wird also dem Schuldner nach erfolgloser Pfändung unter Androhung einer hohen Busse befohlen, dem Gläubiger „Recht zu tun". Die Bussfälligkeit wird in besonderem Urteile ausgesprochen. Es erfolgt ein zweiter Befehl, wiederum mit einer Fristsetzung von 14 Tagen und wiederum unter Androhung einer Busse von 50 Pfund und dann wiederum die Verurteilung. Und all' dies ein drittes Mal. Nachher wird noch vierzig Tage gewartet, dann aber erkennt das Gericht, dass er ausser Rechtes gesetzt werde[1]).

Ein anderes Verfahren kennt das Recht dieser Charte nur[2]) für Kaufschulden, für welche in der Halle Siegelbriefe ausgestellt worden sind. Doch endigt schliesslich auch für diese Schulden das Verfahren auf die obige Weise. Es sind nämlich zunächst die Siegelhalter der Halle zuständig. An sie wendet sich der Gläubiger. Sie erlassen den Zahlungsbefehl und nehmen die Pfändung vor und diese soll so machtech ende ghestade sein, als ob sie von Schöffen vorgenommen worden wäre. Nachher aber kann man sich noch an das Gericht wenden, um den Schuldner zu betreiben in de drie vyftich ponden, auf die dreimal fünfzig Pfund und auf das extra legem ponere[3]).

Nach unserer oben aufgestellten Unterscheidung muss es

---

[1]) Vergl. noch No. 20 und No. 52. Dort wird versichert, eine Exekution gegen den — noch nicht in Bann gelegten — Bussschuldner sei nur in der Weise möglich, dass der Bailli ihn zwinge, Kaution, Sicherheit zu leisten. Er, der Bailli, könne aber nur aus der schuldnerischen Fahrhabe Pfänder nehmen. Und des bestimmtesten: Niemand könne dafür eine Exekution in das Haus oder die Liegenschaft des Bussschuldners vornehmen. Also nur Pfändung und Friedloslegung. Vergl. noch N. 2.

[2]) Es ist typisch, dass in diesem Rechte die Personalhaftung nur erst in der denkbar gebundensten Form vorkommt. Auch hierin gibt diese Quelle ältestes Recht wieder, vergl. unten sub B.

[3]) l. c. S. 486.

nun auch Rechte — die zweite Gruppe — geben, welche nur eine Pönalsanktion kennen. Also gar keine Haftungsrealisation, demnach auch gar keine Haftung und doch Möglichkeit einer Gewaltsreaktion gegen den Schuldner. Es sind Rechte, in welchen es ebensowenig wie eine zivile Personalexekution eine Pfändung gibt. Also Unabhängigkeit der Pönalsanktion von der Vermögenshaftung und Selbständigkeit in ihrer Entstehung — aus dem Schuldvertrag. Auf diesem Standpunkte steht das Recht von Lüttich im 13. und 14. Jahrhundert[1]).

[1]) In diesen Quellen tritt uns zunächst vor allem ein Verfahren sour honour entgegen. Aber es ist kaum möglich, über dasselbe ein klares Bild zu gewinnen. Der Paweilhars bestimmt in No. 192 se ung homs soy oblige en autre justice que là où il est cuchans et levans, quo ladite justiche nelle puet commandoir au jour qu'il est obligiez, ne après co nul command do payer la somme d'argent sour son honnour; mais s'il reviont en ladite justice, ly justice le peut tenir tant qu'il ayet payet ladite somme dont il estoit obligiez, se dont ne faisoit teile obliganche qu'il le presist sour son honnour, et adont seroit-il atteins s'il ne payoit laditte somme d'argent le jour qui mis y seroit. Darnach könnte man glauben, dass dio Ehre eingesetzt werde und dass der Verlust derselben die Einständerschaft zum Ausdruck bringe. Aber andere Zusammenhänge schliessen dieso Auffassung doch wieder aus. Der Schuldner wird dreimal aufgefordort, eine Schuld zu bezahlen. Bei jeder erfolglosen Aufforderung verfällt eine Busse. Dieso Bussen sind forpasséos sour son honour. Dio Ehre ist also sicherlich nicht eingesetzt. Sie findet hier aber bereits ihren Platz im Ungehorsamsverfahren. Loi muée 1287 N. 34. Lüttich Bd. I 414. Vergl. noch Li Paweilhars N. 192. Die Befehle werden sour honour erteilt. Und es sind offenbar gerade die mit Busse verknüpften Befehle des Ungehorsamsverfahrens, dio so lauten. Brief von 1361 N. 7 Bd. II S. 15 commans si haut que sour honour. Und dieser Befehl ist ein besonders feierlicher und geschieht im Unterschied zu andern nur auf königlichem Wege, commander par le mayeur ot esquevins sour son honeur Friede von Tongres 1403 N. 31 Bd. II S. 100. Tatsächlich besteht der Zusammenhang mit dem Ungehorsam: et se défallans en astoit . . pour la désobéissanche actains de son honeur. Heynsburg 1424 N. 3 l. c. S. 146. In dieser Stelle handelt es sich um Hausfriedensbruch. A. a. O. ist von einem Gläubiger, der sich gegenüber seinem Schuldner eine Körperverletzung zu Schulden kommen liess, gesagt, er habe paix brisyé und sei atteint de son honneur. Vor allem kommt aber das Verfahren schon nach den ältesten Quellen gegen Kapitalverbrecher zur Anwendung, derer man nicht habhaft werden kann. Vorgehen sour honour ist Contumacialverfahren, Loi muée cit. no. 1, 2, 40, und dies offenbar in den schwersten Fällen. Noch spät, im 16. Jahrhundert heisst atteint de son honeur so viel als Todesstrafe.

Es gestattet zunächst gar keinen Zugriff auf die Güter. Der Paweilhar spricht in der in Betracht kommenden Stelle nur von Bussschuldnern, bestimmt aber in Rücksicht auf sie in aller Schärfe, dass nur das Ungehorsamsverfahren möglich sei:

Et sachiez que on ne puet nulle amende que sire attende à ses justicbables leveir pour prendre waige ne panisse par loy, mais ilhe li doit commandeir à payer en royaul chemien, par le tesmoingnaige des esquevins etc.[1]).

Die Pfändung ist also ausgeschlossen. Dem entspricht, was jüngere Quellen über das Verfahren gegen den Schuldner überhaupt sagen.

Quant alcunne personne serat, pardevant le mayeur et les esquevins de Liège, ou par devant aultre balteur et justice — — foradjourneis par trois ajours — — por alcunnes debtes, convenanches ou marchandieses, que cely justice puist la ditte persoune sorséante desouz li ensi foradjourneis et convencus faire commandeir à sa personne — — sour estre bannis four de celi justice aussi bin com li dis maistres del citeit font faire par leurs varles leurs commans de teil cas à leurs bourgois; qu'ils payent la ditte debte ou acomplissent les covens ou marchandieses dont foradjourneis seront — —; et s'ilh astoit à dit comman désobéissans, qu'il fuist de dont en avant, alle requeste del partye qui deverat jureir devantrainement sa demandieze bonne, bannis fours de la ditte justiche, taut et si longement que li partye demandant sieroit de sa ditte demandieze et de ses frais deseur dis plainement satisfais[2]).

Der Schuldner wird also dreimal geladen. dann wird ihm unter der Androhung des Bannes befohlen, die Schuld zu zahlen. Dann wird endlich über ihn als einen Ungehorsamen der Bann

---

Bd. I S. 27. Wenn es demnach heisst et se astoient désobéissans les esquevins . . procéderont avant sour leurs honours etc. Lettres 1361 No. 7 cit., so kann sich dies nur auf das Ungehorsamsverfahren und die Pönalsanktion beziehen. Das Verfahren steht denn auch neben dem bannissement. Jenes ist offenbar das formellere und strengere, Friede 1403 cit. In aller Form noch der Friede von 1487, XXVI, 14 Bd. II S. 302, wo geradezu gesagt wird, dass für „Schulden und andere leichtere Fälle" das bannissement und für andere (es können nur „schwerere" gemeint sein) das Verfahren touchant à leurs honeurs eintrete.

[1]) No. 14.

[2]) Friedr. von Tongres 1403 art. 30; vergl. Mutation von 1386 art. 29.

ausgesprochen. Dieser Bann dauert, bis der Gläubiger befriedigt und auch die Bussen gezahlt sind. Kommt der Schuldner aber vorher in den Gerichtskreis zurück, aus welchem er verwiesen ist, so kann auf ihn wie auf einen Fremden gegriffen werden. Man mag ihn bis zur völligen Tilgung der Schuld eingesperrt halten.

Se teils anssi bannis se renbatoit en la ditte justice et il fuist pris, que le dite justice le tenist semblament com li maistres del citeit tinent les albains, taut et si longement que satisfaction li fuist faite en le manière devant déclarée. — — Quiconques serat bannis por les cas deseur dis, ilh sera quicte envers le mayeur de lieu quant ilh arat asseis fait al partye por une amende de sept souls de bonne manoie etc.[1]).

Erst jetzt, erst nach der Bannlegung kann man nun auch auf die Güter greifen.

Se teile personne, quant elle seroit foradjournée et eskiwé de justice, avoit alcun bins moibles à defours de sa maison, en queilconque justiche que ce fuist, que ly partie demandant porat, se ilh li plaist, ches dis bins faire arresteir par loy, et yceauz faire demyneir par trois quinzaines et alle quatrième quinzaine faire forjugeir et vendre par justice etc.[2]).

Es ist also in das Belieben des Gläubigers gestellt, ob er nun Befriedigung aus der schuldnerischen — beweglichen — Habe suchen will. Diese kann er, wo er sie findet, vor allem also auch in einem fremden Gerichtsbezirk, angreifen. Dann muss er freilich erst das Ungehorsamsverfahren in diesem Kreis von dem dortigen Gericht betreiben lassen. Davon ist in dem Friedensinstrument ausführlich die Rede. Der Gläubiger zeigt dem Gericht, in dessen Bezirk nunmehr der Schuldner wohnt, die Gerichtsurkunde, aus welcher hervorgeht, dass letzterer wegen einer bestimmten Schuld in Bann gelegt wurde. Daraufhin erlässt das Gericht sofort einen Zahlungsbefehl, der eine Frist von acht Tagen und im Ungehorsamsfall den Bann vorsieht. Und nachdem der Bann über den Schuldner ausgesprochen ist, muss das Gericht auf Betreiben des Gläubigers die von letzterem selbst arrestierten Güter des Schuldners öffent-

[1]) Paix cit., vergl. Mutation cit.

[2]) Paix cit. Es folgen noch nähere Bestimmungen über diesen gerichtlichen Verkauf der Fahrhabe.

lich verkaufen. Ist aber der Gläubiger noch nicht befriedigt so kann er sich abermals an die jetzt — durch den derzeitigen Aufenthalt des Schuldners — kompetent gewordene Gerichtsbehörde wenden und das Verfahren beginnt von neuem — ein System von indirekten Zwangsmitteln[1]).

Dieser Rechtszustand ist i. W. noch derselbe im Jahre 1487: Immer noch das dreifache sorgfältig geregelte ajourner, das commander, der Ungehorsam und die Bannlegung. Und nun Möglichkeit für den Gläubiger, die Besate an den Gütern vorzunehmen und nach dem Arrest sie gerichtlich verkaufen zu lassen[2]).

Noch im Jahre 1540 gilt der Grundsatz: l'on ne peut arrester ung bourgeoy citain de Liège, de corps et de biens, sy premierement il n'est albain. Ein Arrestverfahren ist weder gegen die Person noch gegen die Güter des Schuldners angängig, so lange der letztere nicht zum Forensen gemacht ist[3]).

Die Ordonnanz Georgs von Österreichs vom Jahre 1551 jedoch bestimmt, dass einer in Bann gelegten Person erst befohlen werden müsse, bei leuchtender Sonne, d. i. noch am Tage des Bannungsurteiles zu zahlen oder sich in den Schuldturm zu begeben und ihm bei diesem Befehl anzudrohen, dass er sonst die Stadt verlassen müsse[4]). Ferner ist es gestattet, nach der Bannlegung auf die Güter zu greifen[5]).

Nun wird die Bannlegung zur blossen Form. Es wird von bannissemens et albainstez gesprochen, d. h. der Schuldner wird gebannt und nunmehr ohne weiteres als Fremder behandelt. Das will besagen, man kann auf Grund des auf

[1]) l. c. 1403. art. 4. Bd. II S. 93. Noch steht das radikalere Verfahren sour honour zur Wahl, vergl. art. 31. art. 30 spricht nur von Fahrhabe, die nicht im Hause des Schuldners sich befindet, art. 4 von Gütern schlechtweg.

[2]) Paix de Saint-Jacques 1487 IV 14 Bd. III S. 208f., und X 18 l. c. S. 237, die erste Stelle spricht wiederum nur von Fahrhabe in der obigen (N. 1) Beschränkung, die zweite wieder allgemein von Gütern.

[3]) Records Bd. III S. 32.

[4]) art. 75f. Bd. II S. 380f.

[5]) Und zwar jetzt ausdrücklich auch auf die Liegenschaften, art. 78 vergl. Bd. II S. 451 N. 27 a. 1582 S. 512/13 und a. 1592 S. 537.

bannissement erkennenden Richterspruches gegen den Schuldner oder gegen seine Güter vorgehen[1]).

Dergestalt führt hier die Entwicklung zu einer gesetzlichen, universellen Haftung und zwar ungefähr zu der nämlichen Zeit, wie diese auch sonstwo zur Anerkennung gelangt. Aber hier bedurfte es nicht des Umweges einer jahrhundertelangen Übung der vertraglichen Haftungseinräumung. Hier führte der Umweg — denn ein solcher musste, um zur Überwindung des älteren Rechtes zu gelangen, auch hier gemacht werden — nach ganz anderer Richtung. Aus der Pönalsanktion heraus wurde das zivile Zugriffsrecht.

Mit diesem Gang der Entwicklung steht das Lütticher Recht keineswegs allein. Eine Keure von 1163 bestimmt[2]):

Qui alicui aliquid coram scabinis debet, et diem solvendi non tenuerit; justiciarius cum scabinis illum, cui res debetur faciet potentem super omnia, quae debitor habet; et si debitor nihil habuerit, ipse debitor in potentiam illius, cui res debetur; de hoc forisfacto duodecim denarios justiciario debet et duos solidos illi, cui res debetur.

Dass zuerst der Schuldner die Macht eingeräumt habe, davon wird nichts erzählt. Vielmehr geschieht es augenscheinlich gerade ohne die Voraussetzung einer obligatio, wenn das Gericht dem Gläubiger „Macht gibt über alles, was der Schuldner hat" und wenn er nichts hat, über ihn selbst. Das Gericht hatte das Vermögen eingezogen. Denn es behandelt den Schuldner als einen Missetäter. Die Stelle spricht von einem forisfactum. Eben aus diesem heraus kam das Gericht zu dieser Macht über die Güter: es hatte dieselben in den Bann gelegt. Dazu vergleiche man folgende Stelle.

Super quemcumque facta fuerit equitatio, omnis possessio ejus in potestate comitis et castellani erit. — — Et quicumque talem post factam equitationem receperit in domo sua, debet comiti et castellano quinque libras. Si vero

[1]) Vergl. die vorige Note und die Reformation von Groisbeeck 1572 ch XII. Immerhin noch Bd. III S. 320, a. 1662; der Schuldner darf auf Grund des Bannes nicht in seinem Hause ergriffen werden. Es ist ihm eine Frist von drei Tagen gewährt, während welcher er frei aus dem Hause ziehen darf.

[2]) Nieuport, bei Warnkönig, Urkundenbuch II S. 87 no. CLXVII.

ballivi bannitum post equitationem factam, legitimis judiciis publice conversari permiserint et per duos scabinos ostensus eis fuerit et manum ad ipsum non apposuerint, receptor illius banniti, nulli subjacebit forefacto[1]).

Nach dem Umreiten sind die Güter in der — es kehrt die gleiche Ausdrucksweise wieder wie in der obigen Stelle — Macht des Grafen. Wer den in Bann Gelegten aufnimmt, wird bestraft. Nun kann aber der Bailli erlauben, dass man öffentlich mit dem Gebannten spreche. Sehen das zwei Schöffen, ohne dass sie ihre Hand auf den letzteren legen, dann wird nicht bestraft, wer ihn aufnimmt. Dieser Stelle vorauf geht eine andere, derzufolge der säumige Schuldner in den Bann gelegt wird. Es ist nun doch nur überaus natürlich, dass das geschilderte Ausfluchtsmittel früher oder später gerade dem Schuldner gegenüber zur allgemeinen Anwendung gelangte. Er ist nur noch formell ein Gebannter. Formell freilich immer noch: Das gibt den Rechtstitel ab für die Konfiskation der Güter, über welche der Graf dann dem Gläubiger „Macht gibt"[2]). Das Ergebnis wird auch hier schliesslich das nämliche sein: Gesetzliche und universelle Haftung, die nicht nur die Modalitäten der Realisierung, sondern ihre Existenz selbst und ihre Qualitäten als gesetzliche und generelle Haftung unmittelbar dem einstigen Pönalverfahren verdankt[3]).

---

[1]) Keure der vier Aemter 1242 X, 29, Warnkönig, Urkb. II S. 191.

[2]) Vergl. auch das goldene Buch von Campen S. 162f. Der Schuldner ist, nachdem die Mahnungen erfolglos waren, zu einem Fremden geworden und man kann nun auf seine Person greifen. wenn man ihrer habhaft wird oder auf seine Güter, was oben vorher nicht möglich war. Ist dat hij des nijet en doet so mach hem die ghene den hij schuldich is off sijn gewaerde bode daer nae aonspreken waer hij den vijnt ende in wat gerichte gelijc off hij een gast weer. Endo sine guedo bijnen ende buten der vrijheit van Campen des gelijcs veruolgen offet gaste guede weren ter Scepen claringe.

[3]) Von solchen Übergangsstadien, wie sie soeben zur Darstellung gekommen sind, weisen noch andere Formen auf der liber Hirsutus minor, Utrecht I N. 81 S. 129, vergl. die Roese N. 70 (1393) Bd. I S. 212 und N. 140 S. 255, N. 142 (3,4), S. 258, Keure von 1403 no. 5 S. 403, — Recht der Freien von Brügge, Keure in Bd. II § 50 S. 14, dort S. 74f. S. 92 (art. 63).

B. Die Haftung der Person.

Die bisher betrachteten Rechte sind getragen von uralt germanischen Anschauungen. Sie gründen alles Zwangsverfahren gegen den Schuldner auf die deliktische Natur des Nichterfüllens, welche in den Rahmen formellen Unrechtes eingespannt erscheint. Sie kennen ein Ungehorsamsverfahren und die Reaktion durch Bannlegung. Jenes setzt schon mit der Ladung ein. Und dann wiederum mit dem Zahlungsbefehl. Und beidemale im Weigerungsfalle Möglichkeit einer Pönalsanktion.

Ganz anders liegen die Verhältnisse, wenn eine zivile Haftung errichtet worden ist. Dann wird auf das Haftungsobjekt gegriffen. Dazu wurde es eingesetzt, dass der Gläubiger sich an ihm schadens erhole, wenn der Schuldner säumig wird.

Derartiges Haftungsobjekt kann, wie eine Sache, so auch eine Person sein. Wir haben gesehen, dass in einem solchen Fall nach dem ältesten Recht stets wirklich nur die Person in ihrer Körperlichkeit als obligiert erscheint. Grundsätzlich ist dies auch noch der Standpunkt des mittelalterlichen Rechtes. Formelhaft kommt es zum Ausdruck in dem Inhalt der Obligierungsklausel: obligat se et omnia bona sua. Die bona sind gesatzt und ausserdem die Person selbst. Es ist aber auch möglich, dass die Haftung nur auf die Güter oder nur auf die Person geht. Im letztern Falle liegt eine reine Personenhaftung vor.

So wird augenscheinlich in Dordrecht nur auf die Person gegriffen. Sie soll dann allerdings Vermögensobjekte zu Pfand setzen. Aber das beweist gerade, dass man ohne diese besondere Satzung nicht auf die bona greifen konnte. Diese Anweisung von Pfändern verlangt eine Keure mit folgenden Worten:

So wanneer een man een pant wijst voor zijn schult, als hi ghevangen wordt, so moet hi dat pant kenlic maken dattet zijn is, opdatment begheert, ende niement en mach gheen pant wysen, hi en moet daerin verjaert ende verdaccht wezen[1]).

Ist aber der Schuldner vorflüchtig geworden, dann muss allerdings die Möglichkeit gewährt werden, auch ohne besondere Obligierung gegen das schuldnerische Ver-

[1]) Keure, 15. Jahrh. N. 44, Dordrecht S. 222.

mögen vorgehen zu können. Doch nicht ohne Zögern wird dieser Schritt gewagt. Der Schuldner muss während voller sechs Wochen unauffindbar geblieben sein: erst dann kann man durch Pfändung der Güter vorgehen.

Van vangebrieven. So waneer eenen vangebrief ghewonnen is op eenen man, ende die man dan voorvluchtich wort voor zijn schult, so mach men over VI weken daerna met dien vangebrief te landewaerts panden of hierbinnen, also varre alst den schepenen kenlic ghemaect wordt, dat hi zes weken voor zijn schult voorvluchtich gheweest heeft[1]).

Dabei ist nun vor allem noch zu beachten, dass das Pfandsetzen ursprünglich nur als ein Recht des Schuldners betrachtet wurde[2]). Man hält sich nur an die Person. Aber sie kann sich befreien, wenn sie anderweitige Satisfaktionsobjekte anweist. Indessen ist hier der Gang der Entwicklung deutlich vorgezeichnet. Immer mehr wird die unmittelbare Verfolgung der Person nur noch als Pressionsmittel angesehen worden sein, um zur Exekution in das Vermögen zu gelangen. Die Lage ist hier derjenigen durchaus analog, welche wir bei Betrachtung der Immobiliarexekution im coutumiären Recht[3]) angetroffen haben. Die Verfolgung der Person bezweckt schliesslich bloss noch Willenszwang, aber nicht nur zwecks Erreichung einer Zugriffsmöglichkeit in die Liegenschaften, sondern überhaupt in das Vermögen.

Genau dieselbe Entwicklung ist auch für Aalst (Alost) nachzuweisen. Man hält sich hier im ältern Recht nur an die

[1]) l. c. No. 45.

[2]) So hi ghevangen wordt voor zijn schult met schepenen brieven, so mach hie een pant wysen aen zijn goet ende op ziin boeten, indien dat det pant goet ghenoech is voor die schult. Ende als hi aldus een pant eens ghewijst heeft, ist dat hem dan det pant ontwonnen wort, so verbuert hi X pont Hollands, ende die schult blijft twischat, opdat dat recht also varre ghegaen is; ende daerna en mach hi gheen ander pant vandier schult meer wisen, hy en moet die schult betalen twischat, of daervoer indon steen te goen. Ende waert tat yement een pant wijsde, dat niet goet ghenoch en ware ter schieringe an twyschatten ghelde of ten minste aen eenschat ghelt, die verbuerde dieselve boete van X ponden, ende daertoe en zoude hi gheen pant meer moghen wysen, dat hem stade doen zoude, hine most betalen mit ghereeden gelde, of daervoer inden steen te gaen. Dordrecht N. 176 S. 57.

[3]) oben S. 103 fg. 120 fg.

Person. Wenn sie will, kann sie freilich ihre Freiheit sofort wiedererlangen: indem sie ihre Habe zu Pfand setzt. Zo wie ghevanghen wart van sculden die mach, up dat hem ghelieft, zijn lijf lossen met zienen goede[1]). Ist dergestalt die Habe obligiert, dann wird sofort durch gerichtlichen Verkauf derselben vorgegangen.

Nun kommt es aber — im Jahr 1451 — zu einem aufregenden Vorgang. Eine Schuldnerin sitzt schon sieben Wochen lang im Schuldturm. Sie glaubt damit vollkommen „genug zu tun“ und zeigt sich nicht gesonnen, ihre Habe – und sie ist begütert — zu obligieren. Endlich entscheidet in besonderem Urteil das Gericht, man könne von der weiteren Verfolgung der Personalexekution abstehen und das bewegliche Vermögen der Schuldnerin, und im Notfalle auch ihre Liegenschaften angreifen. In Anbetracht des Umstandes, dass wirklich Schuldner uut erighe, aus Böswilligkeit es fertig bringen, im Schuldturm sitzen zu bleiben, obschon sie genug Güter haben, wird dann ein Statut erlassen: dat zo wie ende wat parsone van doe voortan in vanghenesse ghedaen worde van verwysder scult oft van sculden belooft up painen, goed ende goeds ghenouch hebbende, omme betalen, binnen der jurisdictie vander stede, ende niet en betaelde noch hem zelven en loste binnen XL daghen naer dat hy ghevanghen ware, datmen thenden van dien, up dat de scultheeschers versochten, zoude vercoopen heerlic, bi kercgheboden met hooghenessen ende bider keersen, zulcker sculdenaers goed, eerst beghinnende ande have ende daernaer de erve, enz[2]).

Darnach wird ein begüterter Schuldner inskünftig nur noch vierzig Tage eingesperrt gehalten. Hat er bis dahin nicht gezahlt oder sich selbst gelöst, befreit, dann wird in sein Vermögen exequiert[3]).

Indessen — dass auf Grund einer personae obligatio nur

[1]) S. 282. Mitte des 15. Jahrh.

[2]) Aalst S. 280.

[3]) Vgl. noch d. liber albus von Utrecht, dort Bd. I N. 95. a. 1378, wo ebenfalls in die Person eines Schuldners exequiert wird, der offenbar begütert ist, vor allem aber Audenarde Bd. II No. 91, gegen 1420, S. 308 f.: Auf Grund einer persönlichen Klage Exekution einzig und allein in die Person selbst.

in die Person exequiert wird, entspricht nur den allgemeinen Haftungsgrundsätzen, wie sie sich aus den früheren Perioden in mehr oder weniger weitem Umfange in die Zeit, welcher unsere Quellen angehören, hinüber gerettet haben. Ganz merkwürdig aber ist, dass in den genannten Rechten die Person überhaupt in den Mittelpunkt des Exekutionsverfahrens versetzt erscheint, oder vielmehr, dass der exekutivische Zugriff überhaupt stets gegen die Person geht (sofern nicht eine besondere, dann notwendigerweise sächliche Haftung begründet worden ist). Die personae obligatio ist nicht nur zur regelmässigen, sie ist sogar (in diesen Rechten) als erste zur gesetzlichen geworden.

Im germanischen Altertum war die persönliche Obligation stets nur eine subsidiäre und accessorische. In den Rechten von Alast, von Dordrecht, von Cambresis[1]) u. a. m. ist dies gänzlich anders geworden. Wir müssen also unser früher[2]) aufgestelltes Schema erweitern: Von dem vorkarolingischen Schuldrecht ist beibehalten resp. weiterentwickelt worden entweder das Pfändungsrecht oder das Pfändungsrecht und die Pönalsanktion oder die Pönalsanktion allein. Schon in diesem letzteren Falle sehen wir ein Preisgeben des Pfändungsrechtes. Und dass die erste Eventualität, derzufolge die strafrechtliche Seite unterging, sich weithin verwirklichte, bedarf keiner Ausführung. Nun ist aber auch noch ein letztes möglich: Das Ungehorsamsverfahren kommt in Zerfall und Vergessenheit. Aber — vielleicht mit der Form, aus welcher einst dies Recht zur Entstehung gelangte — es verlor sich auch das Pfändungsrecht als der dominierende haftungsrechtliche Modus. An Stelle beider tritt die reine Personenhaftung[3]).

Eine solche Erscheinung mag zunächst befremden. Doch erkennt man leicht, dass auch in diesen Rechten die zentrale Stellung der Personalexekution mehr Schein als Wirklichkeit ist. Sie besteht formell, nicht in der tatsächlichen Übung des

[1]) Vergl. oben S. 336 f.

[2]) Vergl. oben S. 451.

[3]) Diese Rechte haben denn auch tatsächlich kein Strafverfahren um Schuld. Dagegen hat umgekehrt das Genter Recht eine Personalhaftung nur in kümmerlicher und unzulänglicher Weise. Vergl. in der früher cit. Charte vom 1292 No. 92 S. 464.

Lebens. In thesi greift man auf die Person des Schuldners und hegt dabei die Erwartung, dieses Procedere werde sich durch die Obligierung der Güter ohne weiteres erübrigen.

Wir haben gesehen, wie aus der Pönalsanktion heraus sich allmählich ein universelles ziviles Vollstreckungsrecht entwickelte. Durch die Person hindurch und nach ihr Zugriff auf das (verfallene) Vermögen. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt die Entwicklung in den hier betrachteten Rechten der reinen exekutivischen, d. h. gesetzlichen Personalhaftung. Nur ist zu betonen, dass keineswegs schon der Angriff der Person den Weg ebnet, der zu den bona führt. Diese müssen gesatzt werden. Es bedarf einer bonorum obligatio. Noch die Überwindung dieser Auffassung durch gerichtliche bezw. gesetzliche Supplierung dieser Satzung zeigt den Dualismus der Vermögens- und der Personalhaftung, zeigt die Enge dieser letzteren, die eben keine Haftung der gesamten wirtschaftlichen Existenz ist. Immerhin gelangen, wie gesagt, diese Rechte auf einem besonderen Umwege doch auch zur Vermögenshaftung. Es ist dazu bloss noch zu bemerken, dass in weiterem Umfange diese Entwicklung doch nicht stattgefunden haben kann. Es fehlten dazu dank der einstigen entschiedenen Subsidiarität der persönlichen Einständerschaft i. A. doch die nötigen Voraussetzungen [1]).

[1]) Wenn auch im allgemeinen zutrifft, dass Gut den Mann befreit, — want 't goet vrijt den man, Cont. von Herrenthal art. 30, Anvers VII, S. 14 — so kann unter Umständen auch die Person, indem sie sich stellt, die Güter befreien, indem sie sich in arreste in plaetse van synen goede stellt. Antwerpen tit. IV, art. 26, l. c. Bd. I 178. Auch kann das Verfahren, wie die obige Darstellung zeigt, doch leicht versagen. Wie man übrigens Person und Güter trennte, zeigt recht anschaulich folgende Stelle. Man soll kein Gut an einer Person kümmern, sondern erst wenn sie es nicht mehr berührt, also beispielsweise ein Pferd nicht, solange der Reiter noch mit einem Fusse im Stegreif steckt oder das Pferd noch an der Mähne hält. Ist aber das Pferd irgendwo angebunden, oder hält es der Eigentümer nur mittelbar, mittelst des Fallriemens, dann darf man es kümmern. Man ensall auch kein gudt ain keyner perschonen kümeren; lecht aber eyner das gudt von eme, unde enrürt nyt dar ayn, so mag man das koemeren; quem eyner auch gereden und sess uff sym perde, oder stunde myt eym fus uff der erden, und myt dem anderen in dem stegereiff, oder stundt zumayl uff der erden und hett das pherdt mit dem maynen in der handt, man ensall das pherdt nyt koemeren; hette er das pherdt aber

Allerdings erlangt im Mittelalter die Haftung der Person eine Ausdehnung und eine Bedeutung, die sie vorher nicht gehabt hat. Aber dies ändert doch i. A. nicht die überall lebendige Vorstellung, dass sie eben doch nur ein Haftungsobjekt wie ein anderes ist. Die Person haftet wie eine Sache. Dies zeigt sich deutlich genug schon in der Erscheinung der reinen Personalobligation. Aber dass auch in den Benennungen dieses Pfandes und in den für dasselbe geltenden Bestimmungen überall die Terminologie und die Grundsätze des Sachhaftungsrechtes zur Anwendung kommen, das ist eine Tatsache, auf die in unserer Literatur schon früh und nachdrücklich hingewiesen worden ist[1]). Dies hat seine Richtigkeit auch für unsere Quellen[2]).

Diese Sächlichkeit, wenn wir uns einmal so ausdrücken dürfen, der Personalhaftung ist von der grössten Tragweite. Nach verschiedener Richtung hin wird sie erst weiter unten ihre Beleuchtung erfahren können. Aber auf eines ist hier schon aufmerksam zu machen: Nach den Grundsätzen der Sachhaftung geschieht auch die Realisierung der Personalobligation. M. a. W.: auf den Obligierten wird zwangsweise, gewaltmässig gegriffen, wie auf ein sächliches Haftungsobjekt. Allerdings haben wir Rechte angetroffen, in welchem der Schuldner geladen wird, sich selbst zu stellen und somit selbsttätig die Haftung zu realisieren. Aber diese Ladung ist keine Einladung. Sie ist nicht — ein Appell an die Ehre. Vielmehr ist sie ein Befehl und wer ihm nicht nachkommt, wird die Ungehorsamsfolgen zu fühlen bekommen. Sie stellt

myt dem fallriemen in der hand oder von eme gebonden, so mach man ess koemeren. Luxemburg Bd. I, Weistum von Remich No. 36.

[1]) Es sei nur auf v. Meibom oben cit. hingewiesen und auf Korn, de obnoxiatione et wadio antiquissimi juris Germanici, 1863 und oben 425 no. 2. Vergl. Schröder 373 N. 82.

[2]) Es bedarf dies wohl keiner weiteren Ausführung. Gelegentlich wird der Grundsatz der „reinen" Haftung soweit getrieben, dass bestimmt wird, die Schuld sei nicht weiter verfolgbar, wenn es dem Schuldner gelungen sei, aus der Schuldhaft zu entweichen; ende ontbrake hem de sculdenaere, zo ware de scult quite. a 1445. Alost S. 282. — Sitzt ein Schuldner im Schuldturm, so kann er mit neuen Schulden „beschwert" werden. Brüssel, tit. IV no. 68 Bd. I S. 72. Vergl. R. von Gent, die grosse Charte No. 72.

also in keiner Weise auf die Freiwilligkeit ab, sondern schlechterdings auf ein Müssen. Aber selbst diese Rechte befinden sich noch in der Minderzahl. In fast allen Rechten wird einfach gewaltmässig auf den Schuldner gegriffen. Man geht gegen ihn vor wie überhaupt gegen ein Pfand. Die französischen Coutumes kennen kein anderes Verfahren, so regelmässig auch nicht die belgischen und holländischen Quellen. Sie schreiben vor, der Schuldner müsse ergriffen, oder er müsse in den Schuldturm oder in Ketten gelegt werden, oder der Amtmann sei verpflichtet für die Arrestierung Sorge zu tragen [1]. Und die grundsätzlichen Voraussetzungen sind keine andere als wie sie auch für den Zugriff auf ein Pfand, ein sächliches Pfand vorgesehen werden.

Deshalb ist es denn auch unmöglich, dass aus der persönlichen Haftung Ehrenfolgen abgeleitet werden. Ob vielleicht solche aus dem Nichterfüllen des Schuldvertrages entspringen, ist hier nicht zu untersuchen Haftungsrechtlich aber haben wir nur ein Herrschaftsverhältnis, ein Unterwerfen des Körpers bezw. der Freiheit unter eine fremde Zugriffsmacht vor uns [2]. Von einem Treubruch kann in diesem Verhältnis schon darum keine Rede sein, weil dem Schuldner ja gar nicht die Gelegenheit geboten wird, die Treue zu betätigen. Auf Grund des Treugelöbnisses, soll die Person obligiert sein und zwar soll dabei die Treue dergestalt eingesetzt sein, dass der Schuldner verspricht, sich selbst ehrlich und freiwillig als Pfand auszuliefern [3]. Tut er das nicht, reisst er aus, vereitelt er die durch Treugelöbnis auf sich genommene persönliche Haftung, dann begeht er einen Treubruch. Die Strafe dafür ist die Ehr- und Rechtlosigkeit [4].

So lucid diese Erklärung des Formalismus des Treugelöbnisses zunächst erscheint — das Realisierungsrecht müsste notwendigerweise die Probe aufs Exempel abgeben. Denn das

[1] oudste Rechten van het Baljuwschap van Zuidholland N 44, Dortrecht Bd. II S. 254, Liber albus N. 95. Utrecht I S. 48, Campen S. 22, Oudenaerde Bd. I S. 79 art. 5 S. 80, art 10, Gent cit. vorige Note.

[2] Vergl. Puntschart 497 f.

[3] Puntschart 485 f.

[4] l. c. 478 f. Siegel, Handschlag und Eid, insbes. tit. X 576 f., ältere Lit. auf welche an dieser Stelle nicht einzutreten ist, dort N. 1.

Satisfaktionsverfahren gibt den Spiegel für das Obligationsrecht ab. Und da finden wir denn nirgends von den südfranzösischen in der fidance doch so urdeutschen Rechten bis hin zum nördlichsten Holland ein Vorgehen, aus welchem allein ein Treubruch des Schuldners aus der Haftung erst möglich würde.

Und tatsächlich findet denn auch nirgends in unsern Quellen auf Grund des Treugelöbnisses eine Ehrloslegung des haftenden Schuldners statt[1]. Nicht kennen die französischen Coutumes eine solche. Insbesondere — um allein diesen gewichtigsten Zeugen zu nennen — ist Beaumanoir weit davon entfernt, dem Gelöbnis, das er natürlich kennt, eine derartige Wirkung zuzuschreiben[2]. Ebensowenig wird eine solche in den hier im Vordergrund der Betrachtung stehenden Quellen anerkannt. Sie geben häufig genug die ausführlichsten und für unsern Geschmack auch absonderlichsten Beschreibungen von der Behandlung des Schuldners[3]. Es wird wohl auch der Schuldner aus der Stadt gelegt[4], oder, sehr häufig, bestimmt, dass er nicht im Rat sitzen dürfe[5]. Aber das hängt alles mit der Nichtbefriedigung des Gläubigers, nicht mit der Haftung zusammen[6]. Dagegen ist folgende Stelle beachtenswert.

---

[1]) Über Personalexekution und die Behandlung des Schuldners, auch die Ehrenfolgen in französischen, flandrischen und holländischen Rechten, vergl. Kohler, Shakespeare S. 23, 46, 47, 56 f., 66 f. u. a. O. mit zahlreichen Belegen. Aber sie bestätigen durchwegs unsere kritischen Bemerkungen im Text.

[2]) Vergl. etwa No. 1538, 1539, 1598, 400.

[3]) Vergl. Gent cit., liber albus N. 95 cit., die oben bespr. Rechte von Alost und Dordrecht u. v. a.

[4]) Hasselt S. 74, vergl. oben sub. A.

[5]) Groningen S. 63.

[6]) Es bleiben also höchstens einige Stellen aus dem Lütticher Recht, welche von der Ehre sprechen, vergl. indessen oben S. 453 N. 1. Eine andere Auslegung als sie oben S. 56 gegeben wurde, muss demnach auch dem Recht von Gorze zuteil werden. Darüber später. Dagegen kommt gelegentlich, — aber auch nur gelegentlich — vor, dass der Schuldner, der sich dahin obligiert hat, in den Schuldturm gehen und drin bleiben zu wollen, mit Bussen bestraft wird, wenn er diesem Inhalt der Haftungsberedung nicht nachlebt: Die hem verbinden sal te commen in vangenisse ofte arreste, ende aldaer te blyven, indien hy het sellve niet en houdt, sal verbeuren jegens den heere LX ponden par., ende niet min inghehaelt tot

Meeneedich te maken. Waert dat yemant eenen anderen aenspreken woude mit eenighen recht, twelke roerde van cedulen of van beseghelde brieven, daermen eenen mensch mede dwingen woude, ende dattie brieven inhielden van trou, eer ende zekerhede, ja al waert dattet een man met zijns selvers seghel beseghelt had, of dat hi yement gheheden hat voer hem te zegelen, so en mochtmens nochtans niet meeneedich maken; dats te verstaen ten ware dat hi namelick liefliken met opgherecten vingeren ten heylighen ghezworen had, ghestaefts eeds, voer goede wittachtighe mannen, ende dien eedt in dese beseghelde brieven ghescreven ende die orconden daerbi, anders so sijn twoorden ende anders niet, naden recht vander manschep [1]).

Dass nur ein Eid u. U. zu Meineidsfolgen führen kann, ist allerdings selbstverständlich. Aber es wird nicht nur versichert, dass, wenn ein Brief nur die „Treue, Ehre [2]) und Sicherheit" enthielten, diese Folgen nicht eintreten, sondern es wird auch gesagt, dass dies „sogar" bei einer Siegelung des Briefes nicht der Fall sei. Demnach ist dies also eine i. A. wirksamere Form. Endlich verlangt die Stelle einen mit Hand und Mund unter bestimmten Formalitäten mit aufgestreckten Fingern den Heiligen gestabten Eid und dessen Vermerk in der besiegelten Urkunde. Alles andere seien leere Worte.

Ob dies so ganz richtig sei, ist an dieser Stelle nicht mehr zu untersuchen. Aber das Eine ist festzuhalten: Auf Grund des Treugelöbnisses nach unsern Quellen nirgends Ehrloslegung! Aber es tritt noch ein Mehreres hinzu. Neben dem Geloben der Treue soll das Treugelöbnis in der Form des Handschlages noch die Unterwerfung unter die Herrschaft des Gläubigers manifestieren. Darum wird die Treue körperlich hingegeben, weil es sich um die Überantwortung des zu Pfand gesetzten Körpers der Person handelt [3]). Nun ist allerdings

volcominghe vande saecke etc. Furnes (A. C. d. B.) II S. 280, vergl. v. Amira, nordgerm. Obligationenrecht II 311 f., Siegel, Handschlag und Eid S. 78 N. 1. Aber bekanntlich kommen derartige Bussen auch beim Sachpfand vor, so z. B. wenn das Pfand nicht rechtzeitig gelöst wird, vergl. Form. Turon. 13.

[1]) Älteres Recht der Stadt Dordrecht N. 7 S. 208.

[2]) Vergl. Puntschart S. 461 N. 5.

[3]) l. c. 491 f.

möglich, dass tatsächlich eine Personalexekution statthat, wo vorher ein Treugelöbnis abgelegt worden ist[1]). Häufig genug ist das aber nicht der Fall und gilt vielmehr der Satz: Trotz des Treugelöbnisses wird nicht auf die Person des Gelobenden gegriffen.

Diese merkwürdige Erscheinung hat sich uns schon bei Betrachtung des französischen Rechtes aufgedrängt[2]). Insbesondere war auch nach dieser Richtung wiederum Beaumanoir anzurufen[3]). Dasselbe ist nun für das belgische und holländische Recht zu sagen. Es seien hier nur noch zwei Urkunden namhaft gemacht. Die erste besagt:

pecuniam reddere promittimus . . . Hanc conventionem creantavimus — — — fideliter adimplere et tenere. Et exinde ommia bona nostra tam praesentia quam futura posuimus in jus, legem et abandonum, erga quemcumque justiciarium sicut Andreas voluerit antedictus, nostris corporibus exceptis — —.

Es wird also das Treugelöbnis abgelegt. Nachher werden in aller Form die bona obligiert und dem Zugriff preisgegeben. Endlich wird — offenbar weil diese Obligierungsformen regelmässig eine gegenteilige Klausel enthalten[4]) — die Haftung des Körpers ausdrücklich ausgenommen. Wozu hier das Treugelöbnis? Umgekehrt folgende Urkunde:

Eine Schuld von 12 Pfg. und 6 Sch., die ic hem in gnede truewe gelooft hebbe ende gelove wel te betalen mit twintich guede gouden etc. — — ende waert sake dat ic hem dat vorscr. gelt niet vol ende al en betaelde tot elken dach vorscr. soe sijnt vorwaerden dat J. S. vors. die een helfte vanden Engelsvaerder mit sinen toebehoren, daer dese vorscr. scult of roert, aentasten ende aanvaerden in allen havenen, daer hi comen sal, ende daer sinen vryen wille mede doen sal, als mit anders sinen vry eyghen guede; ende waert sake dat des sceeps vorscr.

[1]) Vergl. z. B. das oben zit. Recht von Alost, ferner Dordrecht Bd. II S. 95, Audenarde II S. 273.

[2]) Vergl. oben S. 88 f.

[3]) Vergl. oben S. 89, 90.

[4]) Freilich könnte man auch zu der Erklärung greifen: weil man die Folgen des Treugelöbnisses abwenden will. Aber nicht nur deutet der Wortlaut nicht auf einen solchen Sinn, sondern es bliebe nach wie vor die Frage berechtigt: wozu das Treugelöbnis?

gebrake, des God vorhoeden moet, soe sijnt vorwaerden dat J. S. vorscr. jof die houder des briefs die vorscr. scult, die ombetaelt is, winnen ende verhalen sullen aen alle mine gueden, roerende ende onroerende, gewonnen ende ongewonnen ende aen mijns selfs lijff, soe waer datment bevynden of bewisen kan, ende daer sinen wille mede doen sal, ter wilen toe dat ic hem dat vorscr. gelt vol ende al betaelt heb etc.[1]).

Es wird das Treugelöbnis abgelegt. Nachher wird ein Schiff specialiter verpfändet. Nachher wird subsidiär eine Einständerschaft erstens des Vermögens und zweitens des Körpers errichtet[1]). Wiederum: wozu hier das Treugelöbnis? Nun wollen einzelne Urkunden gewiss wenig besagen. Aber wie sich die in Frage stehende Erscheinung z. T. aus den wichtigsten französischen Quellen heraus aufdrängte, so ist sie auch im Norden ganz allgemein nachweisbar[2]).

In Anbetracht dieser Erscheinungen bliebe bei möglichster Wahrung der Puntschartschen Auffassung wohl nur noch eine Erklärung des Treugelöbnisses möglich, die dahinginge, dass mit dem Treugelöbnis allerdings die „persönliche" Haftung hergestellt werde, diese Haftung aber könne inhaltlich eine sehr verschiedene sein, insbesondere könne sie gar wohl nur gegen das Vermögen gehen. Aber wenn anders ein solcher Rechtszustand doch noch aus der ursprünglich faustpfandlichen Personalhaftung abgeleitet werden soll, könnte sich eine solche Entwicklung doch nur in der oben für Dordrecht, Aalst und ähnliche Rechte nachgewiesenen Art und Weise vollzogen haben. Zum Teil im Rahmen des Treugelöbnisses, vor allem aber ausserhalb desselben bliebe also immer noch aller Raum für unsere Auffassung von der selbständigen Natur der Vermögenshaftung. Wir werden auch auf diese letztere sofort noch einmal zu sprechen kommen. Ihr Nachweis ist zunächst völlig unabhängig von den Fragen, welche das Problem des Treugelöbnisses nunmehr in uns weckt. Wir müssen uns freilich versagen, diesen Fragen noch an dieser Stelle nachzugehen. Sie erheischen eine besondere Untersuchung[3]).

[1]) Dordrecht Bd. II S. 36, Rechtshandelingen no. 49 S. 36. Vergl. die oben S. 55 no. 1 cit. Charte.

[2]) Der Beweis wird bei anderer Gelegenheit zu erbringen sein.

[3]) Früh dient der Handschlag ausschliesslich zur Demonstrierung der

C. Die Vermögenshaftung.

In unserem Quellengebiet stossen wir auf die aussergerichtliche und die gerichtliche Pfandnahme um Schuld[1]). Ganz allgemein gestatten dabei die Rechte, dass den dritten Pfennig d. h. die Hälfte der Schuld mehr gepfändet werde.

Wie dat pandet in onser stad, die mach panden pande, die den derden deel beter syn dan sijn claghelike guet.[2])

Voert yemant, die den andren pant aen ziin rede ghoet, die mach also veel ghoets na hem nemen also daer hi voer pant ende voer den derden penninc meer biden scepene[3]).

Aber so wenig wie es stets eines Urteils bedarf, um zur Pfandnahme zu schreiten[4]), so wenig erfolgt auf Grund eines jeden dem Gläubiger günstigen Urteils tatsächlich eine Pfändung. Vielmehr schlagen unsere Rechte häufig einen anderen Weg ein: Sie lassen vom Richter den Befehl an den Schuldner ergehen, er solle innert bestimmter Frist zahlen oder Pfänder setzen, oder vielmehr — die Quellen drücken sich anders aus — er solle innert dieser Frist (es sind regelmässig vierzehn Nächte vorgesehen) zahlen mit Geld (mit guten Pfennigen) oder mit Pfändern[5]). So heisst es vom Schuldner, der vor Gericht seine Schuld anerkennt[6]).

des solde die gheuen bijnen viertienachten daer nae

Willenseinigung und damit zur Perfektion des Schuldvertrages, vergl. oben S. 82 und 129. Dasselbe gilt für die deutschen Quellen, vergl. Siegel, Handschlag und Eid 116 N. 2. Im belgischen Recht wird der Handschlag schliesslich nur noch beim gerichtlichen Verkauf der Liegenschaften, hier aber ganz allgemein und als konstitutives Element gefordert, vergl. oben S. 82 N. 2 vergl. ferner Hainaut (A. C. d. B.) III S. 613, Antwerpen I S. 189, 191, II 187, IV 124, 126, 167, VII 142, 219 (art. 54), Maestrich 337. Der Handschlag heisst hier paumée, palmée, palmslach, palmslagh, handtslagh.

[1]) Zahlreiche Quellen bei Warnkönig Band III S. 312f.

[2]) Ommen 1451 No. 71 S. 20.

[3]) Liber albus S. 50 No. 8, vergl. Brunner II, S. 450 und die dort N. 29 zit. holl. Litteratur.

[4]) Auch darauf soll an dieser Stelle nicht mehr eingegangen werden.

[5]) Vergl. oben S. 440 und dazu v. Amira, bei Paul III, 181, Schröder R.G. 273.

[6]) Zahlen mit Geld oder mit Pfändern kann auch der vor Gericht Geladene. Dann, also auch wenn er Pfänder setzt, braucht er der Ladung keine Folge mehr zu leisten. C. von Befferen, Antwerpen Bd. VII, S. 521.

penninge off guede pande die dat dordendeel beter sijn dan dat gelt[1]).

Nicht anders kann der Rechtszustand im Altertum gewesen sein. Der Unterliegende musste „zahlen mit Geld oder mit Pfändern". Aber freilich nicht erst nach Wochen, sondern sofort. Doch das wird häufig genug unmöglich gewesen sein. Aber in der Forderung von Pfändern lag selbst schon ein Sürrogat. So ging man notgedrungen einen Schritt weiter. Sofort sollte wenigstens geleistet werden an dieser Zahlung mit Geld oder mit Pfändern, was im Augenblick und an Ort und Stelle — vor Gericht — geleistet werden konnte. So gab denn der Schuldner ein unterwertiges Pfand; vor aller Welt machte dies manifest, dass nunmehr der Gläubiger sich sein Geld oder seine Pfänder holen könne. Die jüngeren Rechte haben den Befehl zu zahlen oder Sicherheit zu leisten beibehalten. Aber sie gewähren eine Frist, innerhalb welcher der Schuldner diesem Befehl nachkommen kann. Die ältern Rechte sind — formell — drängender. Sie wollen sofortige Erfüllung. Aber gerade darum begnügen sie sich denn doch auch wieder nicht mit dem Scheinpfand. Mit einem Pfand — allerdings. Das ist nach den wirtschaftlichen Verhältnissen begreiflich. Es steht für Geld. Aber der Schuldner hat es zum Prozess, hat es zur Verurteilung kommen lassen. Und es mag ursprünglicher Rechtsauffassung allein entsprochen haben, dass er, wenn auch nicht leistete, so doch vollwertige Pfänder gab, und ferner dass man dem Unterliegenden mit ausgesprochenem Misstrauen begegnete.

Deshalb mochte man dem Gläubiger nicht zumuten, mit dem Scheinpfand und dem dahinter stehenden Vermögen seines Gegners, seines „Feindes" sich zu begnügen. Es lag also wohl ein Zwang der Verhältnisse darin, dass, wollte man nicht in letzter Stunde den Erfolg des friedlichen Rechtsganges vereiteln, ein anderes Vermögen vorgeschoben wurde — dasjenige eines Bürgen.

Augenscheinlich hat der Schuldner ursprünglich immer sofort zahlen oder vollwertige Pfänder geben müssen. Keine andere Bedeutung aber kommt dem Stellen von Bürgen zu.

[1]) Kampen, Goldenes Buch S. 158, vergl. dort S. 159, Zutphen S. 50, S. 51.

Ein guter Bürge ist eben auch ein vollwertiges Pfand. Aber es handelt sich nicht um eine Unterwerfung der Person — da wäre denn doch auch stets in erster Linie der Schuldner und seine Familie selbst in Betracht gekommen —, sondern es handelt sich um eine nur so mögliche Pfandsetzung, eine andere Form der Sicherheit oder Zahlung, die eigentlich der Schuldner selbst sofort aus seinem Vermögen vornehmen sollte: Deshalb reicht er selbst die Wadia hin. Deshalb ist aber späterhin auch die Ausschaltung des mediators unter Beibehaltung des Wadierungsformalismus möglich. Nunmehr steht hinter der Wadia das Vermögen des Schuldners selbst und immer noch steht die Wadiation, das Urteilserfüllungsgelöbnis für „zahlen mit Geld oder mit Pfändern“ [1]).

Die holländischen und belgischen Quellen liefern eine überraschende Bestätigung dieser Auffassung.

Das Loensche Lantrecht bestimmt an erster Stelle:

Als yemant aengesproken wordt op syn tweede genachten, ende der man die aengesproken is die schult bekent clachteloes dat hy die schuldich is, soe wyst men gelt oft pandt metter sonnen, sonder boete des heeren [2]).

Wer geladen ist, auch wenn es das zweite Mal ist, der zahlt, wenn er dann die Schuld bekennt, keine Busse. Aber er wird angewiesen, verurteilt, vor Sonnenuntergang — also anders als die vorher genannten Rechte — mit Geld oder Pfand den Gläubiger zu befriedigen. Etwas abweichend [3]) ist die Behandlung, wenn der Schuldner nicht auf die zwei ersten Ladungen eingeht und hy niet voort en coempt als hy geroepen wordt, und er auf den Anruf des Richters nicht antwortet. Dann lässt man noch eine Ladung ergehen. Im nächsten Gericht erfolgt dann sofort die Verurteilung zu gelt oft pandt binnen der sonnen. Und auf Antrag des Schultheissen erfolgt noch eine besondere Verurteilung zu sieben Schillingen wegen Ungehorsams [4]). —

[1]) Vergl. oben S. 48 f. 396 f., vor allem Heusler II S. 230 f., wo S. 237 N. 16 auf das Loensche Lantrecht hingewiesen ist.

[2]) § 1 des Loensche Lantrecht die man useert tot Vliermael. Looz Bd. 1 S. 39.

[3]) § 8.

[4]) te versuecken des scholteten wyst men alsulcken persoen misdedich op VII schillingen, als van ongehoorsamheyt. Nach § 2 kann der

Ist nun aber der Schuldner kenntlich und darum zu Geld oder Pfand verurteilt, so kann er irgend ein Pfand setzen, es mag noch so unterwertig sein, ja einen blossen Pfennig hinzugeben ist ihm nicht versagt.

Als ondersaeten gewesen syn gelt oft pandt te setten metter sonnen gelyck die erste clausule inhilt[1]), soe moegen sy verpanden met eenre myten oft met eenen anderen pandt; ende als der aenspreker derde werff coempt, recht versueckende, soe vraecht men den bode oft die partyen die aengesproken syn, verpandt hebben; seydt der bode ja, soe sal der bode den pandt presenteren[2]).

Der Pfennig ist sonach das Pfand. Der Bote hat es dem Gläubiger zu „präsentieren". Dann aber muss der Schuldner einen Bürgen suchen, und zwar einen solchen, bei dem man auch der Schuld entsprechend, genügend an Pferden oder Kühen pfänden kann. Denn dieser Bürge soll nunmehr alle erforderlichen Pfänder für die Schuld und für die Kosten stellen[3]) und, soviel ist zu ersehen, es hat dies auch von Seite des Bürgen vor der nächsten Gerichtssitzung zu geschehen. Andernfalls wird der Gläubiger vor Gericht erscheinen und darüber Klage erheben. Darauf hin wird ein Urteil gefällt, nach welchem der Bürge sofort zu pfänden ist. Die Pfänder für die Schuld und oeck voor die VII scillinge aen den heer, werden in seinem Hause geholt, um am nächsten Markttage verkauft zu werden.

Schuldner, der auf die zweite Ladung hin vor Gericht kommt, sich darauf berufen, er habe eine Anzahlung gemacht Wenn der Gläubiger das nicht bestreitet, so wird der Schuldner nur verurteilt te rekenen oft te betalen binnen onser genachten. Es ist also von Verrechnen und Bezahlen die Rede, nicht aber von Pfändern, obschon offenbar die Anzahlung auch nur eine geringe gewesen sein kann. Die völlige Befriedigung des Gläubigers muss dann vor der nächsten Gerichtssitzung geschehen. Sonst wird der Schuldner nicht nur gebüsst, sondern auch sofort gepfändet, ohne dass man ihn noch zu Geld oder Pfand verurteilte.

[1]) Oben § 1.

[2]) § 4.

[3]) § 5: Ende der aengesproken man mach dan suecken eenen ondersaeten die heevich is voer de schult, te wetene die te panden is aen peerden oft aen koeyen, so verre het geallegeert weert, ende denen ondersaete slaet men die pande op voer die schult ende voer die costen die daer op gegaen syn ende gaen sullen.

Als dusdanige ondersaete die in voergenoempde manieren panden gecocht hadde ende die schult overscreven aen den heyscher niet en betaelde ende der heyscher dat claechde voor't gericht, ja die XV daegen geleden synde ende die genachten gehalden by alsoe dat men die hielt, soe wyst men panden haelen sal tot des mans huys die die panden gecocht heeft, voer die principael schult, ende oeck voor die VII scillingen aen den heer[1]).

Es ist also nicht zu bezweifeln, dass gerade nur wann und weil der Schuldner nicht mit Geld oder mit — vollwertigen — Pfändern bezahlt, er nur ein Scheinpfand und statt weiterer eigener Leistungen einen Bürgen stellt und nicht zu bezweifeln, dass dieser Bürge an Stelle der schuldnerischen Pfänder steht, so dass es denn auch bei ihm auf gar nichts anderes abgesehen ist, als eben auf diese Pfänder. § 7 sieht denn auch noch ein Recht des Gläubigers vor, doch sich wieder an den Schuldner zu halten, wenn beim Bürgen kein Pfand zu haben ist. Eine weitere Verfolgung des Bürgen findet nicht statt. Damit erschöpft sich auch das Wadiationsrecht. Es ist wohl überhaupt eine Neuerung, dass man vom Bürgen weg sich wieder an den Schuldner halten kann. Ursprünglich hat nur ein Rückgriffsrecht des Bürgen selbst bestanden. Infolgedessen ist es denn auch eine Neuerung, dass die Schuld nunmehr an der Partei (an des Schuldners) Leib und Gut angewiesen wird[2]). Die denkbar sicherste Bestätigung dieser Annahme, wonach wir es hier mit einer Neuerung zu tun haben, liegt in dem Umstand, dass andere Wadiationsrechte selbst dem — doch allzeit be-

[1]) § 6. Die Fortsetzung regelt die Pfandverwertung. Es ist merkwürdig, dass der Bürge als Käufer der Wadia erscheint. So ist schon § 5 betitelt: Hoe men schuldenaer syn panden sal mogen vercoopen. Dort heisst es ferner, nachdem von den Pfändern des Bürgen — vergl. oben S. 473 N. 3 — gesprochen worden: op alsoe dat men condigen sal den man dien die panden syn ende die schult schuldich is, dat hy die quyte tot des mans huyse die se gecocht heeft, binnen XV dagen, op die panden verloren te syn.

[2]) § 7. Als eenich persoon gewesen is ter pandingen, ende der bode op synen eedt neempt dat hy pande versocht heeft, maer sy en vinden gheen panden sufficiant wesende, soe wyst men die schult aen die partyen lyf en goet.

sonders begünstigten[1]) — Bürgen bloss ein Rückgriffsrecht auf die schuldnerische Habe geben.

So existieren in Luxemburg noch lokale Gewohnheiten, nach denen dem Bürgen immer erst ein Scheinpfand, ein von den Quellen sog. „kleines Pfand" abgenommen wird. Erst nach Ablauf einer bestimmten Frist wird auf erneutes Betreiben des Gläubigers das „grosse Pfand" gepfändet.

Quant il at aulcune personne laquelle ayt respondue de quelcque debte bien approvée — telle personnes sont tenues délivrer au sergeant de la court, sy elle en est requise, pety gaige, lequel se doibt prendre et gaiger per ledit sergeant à l'enseignement de justice, lequel pety gaige est annuptis dedans IX jours et après — — ladite partie et créditeur requiert la justice pour par le sergeant faire prendre et gaiger le grand gaige dudict respondant, lequel grand gaige se vend et distribue par justice pour satisfaire etc.[2]).

Und hier wird uns nun ausdrücklich versichert, dass sich der Bürge nur an das Vermögen des Schuldners halten kann. Dagegen ist es ihm gestattet, im Notfall sogar auf die Liegenschaften desselben zu greifen. Also besonderer Schutz des Bürgen nnd Tendenz, sein Rückgriffsrecht zu erweitern. Trotzdem haftet ihm nur das Vermögen.

Aprés ce le respondant se pouldra reprendre à son principal et faire gaigement, snbhastation et vendition de ses biens meubles et à faulte des meubles, ses immeubles, pour soy indempniser tant des despens, intérestz que amendes[3])[4]).

Dass aber das Vollstreckungsverfahren mit der Wegnahme

[1]) Vergl. Schröder 292 und dort N. 106f.

[2]) Berthoinge N. 17 Lux. Bd. II S. 334

[3]) No. 19. No. 20 bestimmt merkwürdiger Weise, dass der Bürge, der weder das kleine noch das grosse Pfand liefere, zu einer Busse verurteilt werde.

[4]) In Nijmegen haben sich Spuren der germanischen Bürgschaft bis ins 15. Jahrhundert hinein erhalten. Wer ein Streitgeding ablegen soll, muss wedde geven op sijn guet. (Es wird sich in dem Aufsatz über das Treugelöbniss Gelegenheit bieten, darauf zurückzukommen) Von dieser wedde heisst es: dicunt quidam quod sedentes sive morantes infra limites dictos hanmiele, possunt dare wed si volunt. Sed hoc non potest fieri nisi constituant fideiussorem redire ad judicium. Darnach soll eine Wette nur unter Stellung von Bürgen abgelegt werden können.

eines wertlosen kleinen Pfandes eröffnet wird, ist wohlgeeignet, die haftungsrechtliche Bedeutung der Wadia zu beleuchten. Indem diese hingegeben wurde, machte sie die schuldnerische Fahrhabe zugängig. Nun mochte soviel wie nötig gepfändet werden. Dieser Formalismus hat sich nunmehr von dem Momente der Schuldkonstituierung zurückverschoben und tritt jetzt auf als Eröffnung der Exekution: Immer noch muss das Scheinpfand die Haftung des Vermögens zum Ausdruck bringen, immer noch ist erst nach der Übergabe bezw. Übernahme des Scheinpfandes[1]) eine — weitere — Pfändung möglich.

Im fall der forderer seins mutuo vorgestreckten geldt, oder sonsten hinderstendiger jedoch bekendtlicher . . schuldt uff vorgehende guttliche interpellation nicht fahig noch gewerttig sein mag, solet der meyer uff ansuchen des forders und geleiste caution dem schuldigt erstlich durch den botten kleine pfändt abnemen. Erst nach 14 Tagen vergeblichen Wartens thutt der meyer uff ferner anhalten des forders den debitoren durch den gerichtsboten mit letzter und voller pfandschafft verfolgen[2]).

Notwendigerweise ist auch die Verpfändung einer Forderung von den geschilderten Vorstellungen getragen. Infolgedessen muss der Schuldner des zu pfändenden Guthabens dies letztere vor dem Richter anerkennen und dem Pfandgläubiger einen „kleinen oder grossen Pfennig" geben, damit der Gläubiger auf Grund desselben rechtlich vorgehen kann[3]).

Zusammenfassend mag also nochmals gesagt werden: Mit Pfändern wird „gezahlt". Die Wadia ist als „Anpfand" eine

[1]) Vergl. die schon bei Löning und von Franken (fr. Pfandrecht S. 233 N. 3) herangezogenen Quellen bei Grimm, Weistümer VI 235 und 280.

[2]) No. 1 u. 2 Hofbräuche von Oberwiss, Luxemburg Bd. I. S. 241 f. Ganz allgemein bestimmte auch das Dorfrecht von Casterlé (Brabant), dass die Exekution mit einer „kleijnen pant-halingbe" eröffnet werden müsse. Dabei steht es im Belieben des Schuldners, ob er — innerhalb vierzehn Tagen — dieses kleine Pfand einlösen will.

[3]) Ende moet de selve debiteur den arrestant gheven eenen penninck cleyn oft groot (sulck als den debiteur oft depositario belieft) in mindernissen syns debits (voer eenen pandt), om daer op te moegen procederene; ende daer en teynden moet de arrestant dien pandt ende schult voer syn actie ende credit besetten ende evinceren inder manieren voirscreven. Costumen der Stadt Antwerpen, sog. Antiquissimae. tit. IV art. 12 Bd. I S. 170.

Anzahlung und macht die Wadiation zu einem Realvertrag. In unseren Rechten ist von diesem alten Rechte nur noch die haftungsrechtliche Seite, diese aber in aller Reinheit erhalten geblieben: Mit Pfändern wird gezahlt. Keine Verwirklichung der Pfandhaftung jedoch ohne kleines Pfand, ohne Wadia.

Im allgemeinen mag sich das mittelalterliche Recht von diesen Auffassungen weniger weit entfernt haben, als man gemeiniglich anzunehmen geneigt ist[1]). Doch steht das Eine fest, dass es dem späteren Recht an einer Form der Schuldvertragsbegründung gebricht, welche in ebenso zwingender und unmittelbarer Weise eine inhaltlich ganz bestimmte Haftung vermittelt hätte, wie dies einstens im Wadiationsrecht der Fall gewesen. Wohl gibt es noch solche Formen, denen immer auch noch neben der Perfektion des Schuldvertrages die Wirkung zugeschrieben wird, eine Haftung zu begründen. Die Umschreibung der betroffenen Objekte ist i. W. jedoch eine rein willkürliche. Sie beruht auf einem positiven Rechtssatz, nicht auf innerer Notwendigkeit. Dazu kommt ein mächtig gesteigertes Bedürfnis nach solidester Kreditbasis und eine bedeutende Erweiterung des Kreises möglicher Haftungsobjekte. Diese Voraussetzungen bestimmen in zwingender Weise die Entwicklungsrichtung. Die Phasen aber dieses Werdens können wir genau verfolgen. Es sind deren gar viele und sie gestalten das Bild des mittelalterlichen Haftungsrechtes zu einem ungemein bunten.

Da lassen viele Quellen immer noch gar keinen Zweifel darüber aufkommen, dass eine Vollstreckung nur in die vom Schuldner wirklich zu Pfand gesetzten Objekte möglich ist[2]).

---

[1]) Darüber ein mehreres bei anderer Gelegenheit. Nur auf die Behandlung der Kollisionsfrage in vielen Rechten muss hier noch aufmerksam gemacht werden. Vergl. oben S. 153. Der Rang der Gläubiger bestimmt sich nach dem Datum des Schuldvertrages. Wie deutsche und französische, so kennen auch belgische und holländische Rechte diese Regelung: soe sal altijt die outste schult voergaen, oudste Rechten v. h. Baljuwschap van Zuidholland, Dordrecht II S. 254, vergl. Antwerpen Bd. II S. 555 und Maestricht S. 331 N. 4. Dieselbe ist demnach eine weitverbreitete. Sie erklärt sich wohl am besten durch den realvertraglichen Charakter der alten Wadiation.

[2]) Vergl. Teil I Kap. 3 und 4, und S. 331 f. ferner C. de Valenciennes 1447, Hennegau (A. C. d. B.) Bd. III S. 410, Briel S. 132, Leiden S. 103, Warn-

Die Einräumungen und ihr Wortlaut allein entscheiden über den Inhalt der Haftung. Daraus ergeben sich begreiflicherweise die mannigfaltigsten Beredungen. Bei der Bedeutung des Grundbesitzes für engere und weitere Verbände, insbesondere für die Familie, wird häufig genug nur die Fahrhabe (oder die Fahrhabe und die Person) obligiert[1]). Oder aber es wird eine bestimmte Liegenschaft in ausschliesslicher Weise zu Pfand gesetzt[2]). Oder es wird eine obligatio generalis zugesagt. Dabei wird in den ältern Quellen nie unterlassen, genau anzuführen, was ihr unterworfen sein soll. Später ist dies allerdings nicht mehr nötig. Die Tatsache, dass in allgemeiner Weise eine Obligation eingeräumt ist, genügt. Dann soll eo ipso das gesamte Vermögen oder gar Vermögen und Person haften. Gegenteilige Intentionen bedürften also ausdrücklicher Kundgebung. Hier ist die Haftung somit immer noch eine vertragliche, aber grundsätzlich eine generelle[3]). Mit Vorliebe wird gerade diese Haftungsform an die Bedingung einer bestimmten Formerfüllung geknüpft[4]). Gelangen manche Rechte auf diesem Wege zur gesetzlichen und allgemeinen Vermögenshaftung[5]), so wird sicherlich in noch viel mehr Rechten diesem Ziele vorgearbeitet durch Anerkennung einer partiellen gesetzlichen Haftung, nämlich der legalen Fahrnisobligation[6]).

Unter diesen verschiedenen Formen — es wären deren, insbesondere, wenn man die Haftung der Person einbeziehen wollte, noch mehr zu nennen — tragen die erstgenannten unverkennbar das Gepräge höheren Alters. Ja vergegenwärtigt man sich dieselben in ihrer Eigenart, die durch das Unterschiedliche der jüngern Glieder ganz besonders hervortritt, so erkennt

---

könig Urkundenbuch I S. 27 (St. Omer § 2). Haftung der Erben Zutphen S. 54, Uccle S. 367 N. 40 S. 385 N. 23.

[1]) Vergl. oben S. 333 und Namur I S. 424 No. 5, C. d'Uccle S. 18. N. 115.

[2]) Grosse Charte von Gent N. 115, 123, vergl. 125, 126, Deurne S. 275. N. 356.

[3]) Kiel S. 32.

[4]) Vergl. Dordrecht N. 84. S. 236.

[5]) Looz Bd. II S. 18.

[6]) Vergl. Breuch der statt Luxenburg No. 38, No. 39 Bd. I S. 207 sg., Antwerpen Bd. II S. 523 act 24, Hennegau Bd. III S. 545.

man, dass noch in der zweiten Hälfte des Mittelalters jene Anschauungen lebendig wirksam waren, aus denen die obersten Grundsätze alles germanischen Haftungsrechtes entsprungen sind.

Die Haftung ist vor allem eine vertragliche. Das bedeutet im Vergleich zum heutigen Recht eine seltsame Weiterung, eine Erschwerung allen Verkehrs, die — ganz besonders angesichts ihrer Herrschaft durch die Jahrhunderte — dringend ihrer Erklärung bedarf. Im germanischen Recht war die Obligierung des Fahrnisbesitzes allerdings mit Notwendigkeit in der Perfektionierung des Schuldvertrages gegeben. Aber eine weitergehende Haftnng, d. i. die Einständerschaft der Person diente wohl nur dazu, den Gläubiger von der Verfolgung der Pönalsanktion abzuhalten. Es war auch eine gar zu ungleiche Wahl zwischen Pfändungsrecht und Friedloslegung. Und es mag der letztere Weg, obschon unwirtschaftlicher, häufig genug doch den Vorzug des benachteiligten Gläubigers gefunden haben. Da warf denn der Schuldner die Verpfändung der Person in die Wagschale, welche die civile Haftung und das friedliche Ersatzverfahren barg: Vertragliche Haftung um Schlimmes und Schlimmstes abzuwenden[1]). — In vollem Umfange trifft dieser Gesichtspunkt noch für die oben sub A besprochenen mittelalterlichen Rechte zu[2]), aber — nur für sie und trotzdem herrscht überall noch das fragliche Prinzip. Doch es verdankt nunmehr seine Herrschaft — es ist schon darauf hingewiesen worden, dass diese Herrschaft jetzt eigentlich erst recht zu voller Entfaltung gelangt[3]) — einem andern Umstande: Die Haftung musste notwendigerweise eine vertragliche sein, weil sie grundsätzlich eine spezielle war. Welche Haftung hätte denn eine gesetzliche sein sollen? Da gab es die Person, da gab es Liegenschaften, gab es einzelne Fahrhabestücke, gab es Gruppen von Vermögensobjekten in mehr oder weniger geschlossener Einheit — all das waren juristisch betrachtet gleichwertige Haftungsgegenstände. Der bevorzugte Zugriff war denn auch nach den verschiedenen

---

[1]) Vergl. Kohler, Shakespeare S. 22, 32.

[2]) Also immer noch zur Abwendung der (allerdings sehr gemilderten) Acht, vergl. v. Amira, Grundriss 184.

[3]) Vergl. oben S. 132.

Rechten ein ganz verschiedener. Ja, hätte eine Form existiert, die uno actu eine durch ihre Universalität geschlossene „persönliche“ Haftung herzustellen und zwar ihrer Bedeutung und Herkunft nach mit innerer Notwendigkeit herzustellen vermocht hätte — dann wäre nicht abzusehen, warum sich denn die Rechte so fieberhaft um die Haftung bemühten, warum sie denn immer nach dem Was der Haftung frugen und nicht beim ersten Anbrechen einer neuen Zeit, und allerspätestens im 13. Jahrhundert zur Anerkennung der gesetzlichen allgemeinen Obligation gelangt sind. In Wirklichkeit fehlte dazu die fundamentalste Voraussetzung. Denn es haftete nur, was — specialiter — eingesetzt war.

Aber diese Erklärung der Vertraglichkeit ersetzt nur ein Problem durch ein anderes: Warum ist das deutsche Haftungsrecht von dem Grundsatz der Spezialität getragen? Wir können antworten: Weil alles Pfand- oder Haftungsrecht der Publizität unterworfen sein muss. Doch erheischt dies nähere Erklärung. Die Haftung ist ihrem Begriffe nach eine (eventuelle) Herrschaft. In ihrer Einräumung liegt die Gestattung eines Zugriffes, einer Macht über eine fremde Person oder Sache. Eine solche Herrschaft musste äusserlich wahrnehmbar sein. Deshalb war die älteste Form der Einständerschaft das persönliche oder sächliche Faustpfand. Aber auch als das Rechtsleben bereits ein reicheres und vielgestaltigeres geworden und allerdings eine hypothekarische Haftung der Person sowohl als der Sachen zugelassen wurde, erschien sie in der Vorstellung immer noch als eine faustpfandliche. Dieser Vorstellung hatten die ältesten Formen der Obligierung[1]) genüge zu tun. Wenn nun diese Formen auch später neutralisiert, d. h. in Hinsicht auf den Haftungsinhalt i. W. indifferent sind, so bedarf es doch immer noch der Form. Und es fehlt zunächst von diesen Anschauungen, von diesen Grundlagen aus jede Möglichkeit zu einer Gesamthaftung zu kommen. Weil die Haftung eine Herrschaft bedeutet, ist sie immer noch eine öffentliche und eine spezielle und darum immer auch noch eine vertragliche. Und es gibt — für die über-

[1]) Durch Wadia für die hypoth Sachhaftung. Über die personae obl. oben S. 420, 430.

wiegende Mehrzahl der Rechte — keinen Ausweg als durch getreuliche Befolgung dieser Grundsätze ihre Überwindung, ihre Selbstaufhebung zu bewirken. So wird denn — sit venia verbis — obligiert, obligiert, expresse obligiert, bis endlich endlich man diese Obligationen zu supplieren wagt.

Diese Auffassung ist wohl auch geeignet, uns das Verständnis zweier besonders merkwürdiger Erscheinungen zu vermitteln. Einmal die Formen der „reinen“ Haftung[1]). Es muss sehr betont werden, dass die Quellen einen solchen Ausdruck nicht kennen. Und das ist begreiflich. Denn wenn wir von einer solchen reinen Haftung reden, so statuieren wir blos die rechtlich an sich höchst irrelevante Tatsache, dass nur ein bestimmtes Objekt und nichts weiter eingesetzt worden sei. Rechtlich ist nur der Grundsatz bekannt: Es haftet, was eingesetzt ist, also Herrschaft des Spezialitätsprinzips. Und wiederum rechtlich gibt es infolgedessen nur reine Haftungen. Wer sich und sein Fahrnisvermögen zu Pfand setzt, hat zwei Satzungen errichtet: obligat se — obligat bona mobilia sua. Dass das erstere allein auch möglich ist, haben wir zu wiederholten Malen gesehen. Hier will die Bezeichnung „reine Personenhaftung“ nur besagen, dass ausser der Person nicht noch eine Sache oder eine Gruppe von Sachen zu Pfand gesetzt worden sei. Und dass unter diesen Umständen der Gläubiger sich auch nur an die Person halten kann, ist überall da, wo die deutschrechtlichen Haftungsgrundsätze noch in vollem Umfange lebendig sind, selbstverständlich. Wenn also durch die Bezeichnung „reine Haftung“ zum Ausdruck gebracht werden soll, dass nur ein bestimmtes Objekt (ev. eine einzige, geschlossene, einheitliche Gruppe von Objekten) eingesetzt sei, so besagt dies etwas bloss Tatsächliches, rechtlich Zufälliges. Wenn damit aber fernerhin der Ausschluss einer jeden über dies wirklich eingesetzte Objekt hinausgehenden Zugriffsmöglichkeit angedeutet werden soll, so ist dies nur eine eben auf den unmittelbaren praktischen Erfolg abstellende Be-

[1]) Vergl. oben S. 46. Ferner die Erklärungen bei von Amira, nordgerm. Obl.-R. I § 29; II § 22, ders. in Pauls Grundriss III 182, Puntschart 232 f., dessen Erklärung v. Schwind m. R. zurückweist, (vergl. „Wesen und Inhalt des Pfandrechts“ S. 16 f.) nicht ohne ihr eine andere gegenüberzustellen, der wir durchaus zustimmen, wenn wir im Text auch von anderen Erwägungen ausgehen.

zeichnung des Spezialitätsprinzipes. Es haftet — nur! — was eingesetzt ist. Die reine Haftung ist bloss eine Folge der Geltung dieses Grundsatzes.

Die zweite merkwürdige Erscheinung, die bei der Anerkennung der oben dargelegten Auffassung der Gesamtentwicklung sich ebenfalls nur als eine notwendige Konsequenz derselben erweist, betrifft den selbständigen, d. h. sächlichen, hypothekarischen Charakter der Vermögenshaftung. Denn wenn es wahr ist, dass die faustpfandliche Natur des ältesten Pfandrechtes noch nachwirkt in Gestalt des Spezialitätsprinzipes, dann kann der Zugriff auf das Vermögen nur auf der Verpfändung desselben beruhen, dann kann die Vermögenshaftung genetisch nur auf engere Formen des Sachhaftungsrechtes zurückgeführt werden. Und wir haben gesehen, dass in den französischen Quellen die obligatio generalis wirklich eine sächliche Haftung vermittelt.

Auch dafür finden die niederländischen Quellen den denkbar schärfsten Ausdruck. Die Generalobligation bindet die Güter, aber nur solange, als sie in der Gewere desjenigen sind, der sie obligiert hat.

Generaele obligatie ende hypotecque van erffelijcke goeden streckt haer alleene ende begrijpt de goeden vanden verbinder soo langhe by oft sijne erffgenaemen die besitten ende ghebruycken, ende langher niet[1]).

Das Erlöschen der Obligation bei Austritt der Haftungsobjekte aus dem schuldnerischen Besitz wird damit erklärt, dass der Schuldner die Freiheit zu veräussern habe. Auf Grund welchen Titels immer ein gutgläubiger Dritter die Liegenschaft vom Schuldner erwirbt — dieser Erwerb ist vollwertig und er soll nicht auf Grund einer generellen Satzung angefochten werden können. So in aller Form zahlreiche Stellen, die i. W. wie die folgende lauten:

Als een sculdenaere oft debiteur generalijck verbint, obligert ende hypotekeert zijne goeden, alsulcke generaele hypoteke oft verbandt streckt haer ende begrijpt alleenlijck de goeden vanden sculdenaere ende debiteur zoe lange hy oft zijne erfgenamen de selve besittende ende gebruyckende zijn ende niet langhere,

[1]) Santhoven a. 1664 XIV, 156.

alsoe generael verbant oft hypoteke nyemant en belet ziine goeden te moeghen vercoopen oft veranderen.

Da nun der Schuldner nicht nur veräussern, sondern auch, wie schon angedeutet, auch verschenken, ferner mit der Wirkung des Vorranges speziell obligieren kann[2]), so kann ursprünglich[3]) der Generalobligation keine andere Funktion zugekommen sein, als überhaupt ein Zugriffsrecht zu vermitteln, das droit de suite im Sinn der älteren Doktrin. Dass sich dieses gegen die Sachen richtet, so dass diese selbst als Objekte der Haftung bezeichnet werden müssen, ergibt sich dentlich aus der Redeweise der Quellen, wie sie uns soeben entgegengetreten ist. Trotzdem hört die Haftung auf, wenn die Objckte nicht mehr dem Schuldner gehören. Aber es ist zn beachten, dass dies ein das gesamte Satzungsrecht durchziehender Grundsatz ist. Denn er gilt ursprünglich auch für die Spezialobligation: Darum gerade die Verbote, die sich an den Schuldner richten und die eine Möglichkeit geben, eine Veräusserung als nichtig erklären zu lassen. Das kann doch nur einen Sinn haben, wenn ganz allgemein gilt, dass die Haftung der Sache mit dem Austritt ans dem schuldnerischen Vermögen ein Ende nimmt. Ein anderes hypothekarisches Sachhaftungsrecht gibt es im Mittelalter nicht. Es kann intensiviert werden durch Bannlegung. Aber das ist kein Institut des Sachenrechtes.

Deshalb kann von einer Satzung zu Kistenpfand gerade auch in diesem besonderen Sinne gesprochen werden. Und die Bezeichnung ist dann für die generelle wie für die spezielle Obligierung von Liegenschaften zutreffend. Denn dies besitzlose Grundpfandrecht folgt in der Tat den Grundsätzen, welche schon längst die Haftung der schuldnerischen Fahrhabe beherrschten. Das germanische Recht kannte ja schon diese Mobiliarhypothek, dieses droit de suite in die bewegliche Habe des Schuldners, welche denn von den Quellen als pignus oder pignora bezeichnet wird. Aber es war zwingend, dass nur jener Komplex haftete,

[1]) Mecheln 1535 tit. VII No. 7 S. 52, vergl. ferner Kiel S. 33 N. 4 Deurne ibid. S. 111, Santhoven 1664 tit. XIV, no. 154 S. 55, alte C. a. 1569 tit. XIII no. 2, Herenthal tit. XVI no. 21 u. no. 23.

[2]) Löwen S. 81 u. 83.

[3]) Vergl. noch unten S. 486.

aus welchem die Wadia selbst herrührte bezw. nur das Vermögen des Bürgen, der sie übernahm. Die einzelnen Fahrhabestücke waren nach ihrer Entfernung aus diesem Vermögen nicht mehr gebunden. Hand wahre Hand. Nur innerhalb des damit abgezirkelten Raumes haftet die Fahrnis. Als nun späterhin die Liegenschaften obligiert wurden — es geschah schon in denselben Formen und mit einer terminologisch gleichen Wendung: ich obligiere meine Fahrhabe, ich obligiere diese Liegenschaft, alle meine liegenden Güter — so konnte die Bindung auch dieser Objekte keine andere sein, als wie sie im Fahrnisrecht[1]) in lebendiger Übung stand. Ihren unmittelbaren Ausdruck findet diese Anlehnung in folgender Stelle:

Generale obligatie oft ypotheke van erffelijcke goederen strect haer alleene ende begrijpt de goeden vanden obligant soo lange hij oft sijne erffgenaemen die besitten ende gebruijcken; ende langer niet; alsoo generael verbandt niemanden en helet sijne goeden te vercoopen, gelijck oock havelijcke goeden [als] niet langer en sijn verhonden dan sij en blijven inden eijgendom vanden schuldenaer.[2])

Den wichtigsten Rückhalt aber findet, wie uns deucht, die Auffassung des mittelalterlichen Haftungsrechtes, die hier ihre Darstellung gefunden hat, in der Geschichte des neueren Pfandrechtes selbst. Welche Bedeutung dabei der Spezialobligation zukam, ist früher ausführlich geschildert worden und

---

[1]) Es möge hier der Hinweis auf die Fahrnisnatur der Gebäude seinen Platz finden. Eine vollkommene Bestätigung der Ausführungen von Martin Wolff, der Bau auf fremdem Boden insbes. der Grenzüberbau (Fischer. Abhdlgen. Bd. VI) S. 9f., inbes. S. 11 liefert Andenarde Bd. I S. 80 (Cout. art. 8). Die Mobiliarqualität der Häuser, Scheunen, Windmühlen etc. wird gerade damit begründet, dass diese Objekte transportabel seien und es wird ausdrücklich auf eine Bauart abgestellt, welche die Trennnng des Gebäudes vom Boden zulässt. Vergl. holländische Quellen bei Wolff, S. 18, S. 21 u. 43.

[2]) Santhoven, alte C. 1569 tit. XIII no. 4. Haeffelijcke goedens en blijven niet verbonden als pandt, langher dan sij blijven inden ejghendhom vanden schuldenaer, Gheel 1611, tit. V no. 9 vergl. dort no. 8. In den pays de nantissement wird deshalb davon gesprochen, dass erst auf Grund der Fronung, der Erfüllung der Formvorschriften, wie sie für die Spezialsatzung gelten, eine „réalité“ erworben sei. Vergl. Antwerpen (Impressae) tit. LVII, no. 49. Doch ist diese Ausdrucksweise dem älteren Rechte fremd. Vergl. oben S. 359, 361.

es ist an dieser Stelle nur zu bemerken, dass die Entstehung der Hypothek sich in den belgischen und holländischen Rechten nicht anders als in den nord-, mittel- und südfranzösischen vollzogen hat. Überall besteht die jüngere Satzung in einer Bannlegung, in einer Fronung, demnach in einer Obligation, welche durch weitgehende Dispositionsbeschränkungen des Eigentümers wirksamer gestaltet ist. Überall gelangen die Rechte von hier aus zu einem auch gegen Dritte wirkenden Verfolgungsrecht durch Radizierung jener persönlichen Beschränkungen auf das Gebiet der sächlichen Haftung. Und überall macht sich späterhin das Bestreben geltend, diese selbst nunmehr auch unter Verwertung der neuen Elemente einheitlich zu behandeln, wie sie eine solche einheitliche Behandlung ja im Grunde genommen stets gefunden hatte. Nur konnte sie jetzt bloss noch in Anlehnung an die Spezialsatzung statthaben, woraus sich dann die Umwandlung der obligatio omnium bonorum in eine eigentliche Hypothek erklärt[1]).

Es sei zur Bekräftigung dieser Auffassung hier nur noch auf die Darstellung des Pfandrechts in der Inleidinge tot de hollandsche Rechtsgeleerdheit von Hugo Grotius hingewiesen[2]). § 22 besagt, dass das vertragliche Pfand ein spezielles oder ein allgemeines sein könne. § 23. Die generelle veronderpandinge erstreckt sich auf alle Güter. Dabei kommt ihr, soweit sie Fahrhabe betrifft, genau dieselbe Wirkung zu, wie der Spezialverpfändung. Soll sie aber auch liegende Güter belasten, dann muss sie vor einem Gericht konstituiert werden, doch braucht es keineswegs das Gericht der belegenen Sache zu sein. § 24. Dies Generalpfand verbindet dann alle Güter des Schuldners auf so lange, als sie in der Hand des Schuldners oder seiner Erben bleiben. Kommt das Gut aber in dritte Hand, so soll

[1]) Wiewohl i. A. die westschweizerischen Quellen unberücksichtigt blieben, muss ich an dieser Stelle doch nachdrücklich auf eine soeben edierte Quelle dieses Gebietes hinweisen. No. 206 des Coust. et Plaict gen. de Lausanne (herausgeg. von R. v. Salis, Z. f. schweiz. R. 1903 S. 212) und die dazugehörigen Remarques zeigen in ungemein bedeutsamer, in zwingender Weise die Entstehung der späteren Generalhypothek (die hier auf deutschrechtlicher Grundlage jedem Gläubiger gegeben ist!) aus der schlichten, an den schuldnerischen Besitz geknüpften, aber nichtsdestoweniger sächlich gedachten Vermögenshaftung.

[2]) Herausgegeben von J. Fockema Andreae 1895 Buch II, Teil 48.

die Verpfändung keine Wirkung mehr haben, es sei denn, dass der Erwerb ein unentgeltlicher gewesen wäre. In diesem Falle soll das Gut auf Grund der allgemeinen Obligierung (Onderstelling) gebunden bleiben. § 25. Objekt einer Spezialverpfändung können bewegliche und nnbewegliche Sachen sein. § 26. Dabei kann die Verpfändung beweglicher Habe mit oder ohne Besitzübertragung vorgenommen werden. § 28. Im letzteren Fall wirkt die Verpfändung nur gegenüber dem Schuldner, aber nicht zum Nachteil der übrigen Gläubiger. § 29. In Dritthand ist die verpfändete Fahrhabe frei nnd unbelastet. Eine Ausnahme ist nur zu Gunsten des Verkäufers zngelassen, wenn dieser sich ein Pfandrecht vorbehalten hat. § 30. Die Spezialverpfändung kann nur vor dem Gericht der belegenen Sache geschehen und unter Eintrag ins Register. § 34. Die jüngere Spezialverpfändung geht der älteren generellen vor. Aber diese letztere gibt einen Vorzug vor den unversicherten Schulden.

Wie falsch wäre es, die hier niedergelegten Rechtssätze, soweit sie dem modernen Sachhaftungsrecht zuwiderlaufen, dem Einfluss des römischen Rechtes zuzuschreiben. Nein, auf Grund des mittelalterlichen Haftungsrechtes mussten sie znr Anerkennung gelangen und sie haben diese im ganzen Gebiet des südgermanischen Rechtes für kürzere oder längere Zeit auch gefunden. Neben der Spezialhypothek, die nur vor dem Gericht der helegenen Sache hegründet werden kann (obligatio specialis), gibt es eine Generalhypothek, welche die Güter nur bindet, solange sie beim Schuldner sind, und wenn dieser sie verschenkt hat, sodass in seinem obligierten Vermögen kein Ersatz dieses Objektes zn finden ist, ohligatio generalis ganz in der Auffassung Beaumanoirs. Aber freilich, jene einstige Vermögensobligierung ist überwnnden. De lege kann auf die Güter eines jeden Schuldners gegriffen werden. Über dieses allgemeine Recht hinaus gibt die Generalhypothek — von der besonderen Behandlung der Schenkung abgesehen — ein Vorzugsrecht. Alle Gläubiger mit Generalhypotheken rangieren hinter denjenigen mit Spezialpfandrechten, gehen aher den „unversicherten“ Forderungen vor. Aber dass dies blosse Privileg immer nur in der Form einer generellen Verpfändung konstituiert wird, wäre nicht zu erklären, wenn nicht einstens die Pfandsetzung, die Obligierung als solche der einzige oder doch der

Hauptzweck gewesen wäre. Nicht zu erklären wären vor allem die Sätze, welche bestimmen, wie lange denn die Güter gebunden sein sollen. — Ebenso wenig wie diese generelle ist auch die Mobiliarhypothek eine Durchbrechung deutschrechtlicher Grundsätze. Im Gegenteil, diese ist leicht als der unmittelbare Abkömmling der alten Mobiliarobligation zu erkennen, wie wir sie allüberall in den mittelalterlichen Quellen, wiederum beispielsweise bei Beaumanoir, angetroffen haben. Auch die spezielle Verpfändung ist hier ihren Wirkungen nach nur eine „generelle", d. h. gibt nur ein schlichtes Verpfändetsein und stellt sich als ein drastisches Beispiel von Nachwirkung alter Rechtsübungen und -Vorstellungen dar[1]).

Auf denselben grundbegrifflichen Anschauungen beruht aber auch noch das neuere französische Recht. Wir haben gesehen, wie spät sich vielerorts die hypothekarrechtlichen Anschauungen konsolidierten. Deshalb fanden wir tatsächlich die historisch richtigen haftungsrechtlichen Anschauungen noch in der Literatur des 18. Jahrhunderts vertreten. Ja noch im 19. Jahrhnndert fehlt es nicht an Autoren von besonders glücklichem Empfinden, welche sich immer noch auf die alten Vorstellungen besinnen könnenn[2]). Doch diese Autoren bringen damit nur die Vorstellungen zum Ausdruck, die in Wirklichkeit auch noch das Recht ihrer eigenen Zeit beherrschen.

Das ist der fundamentalste Grundzug der Entwicklung in

[1]) Hier lebt also formal das alte Recht noch fort. Das gilt für alle Gebiete, welche eine Generalhypothek anerkennen, die materiell gar nicht eine Haftung der Sache (die ja vorher schon besteht), sondern nur ein Vorzugsrecht gibt. Vergl. oben S. 127.

[2]) Vergl. oben S. 22, insb. no. 2, S. 221. In ganz überraschender Weise trifft dies auch zu für die Darstellung des Obligationsrechtes bei Britz, Code de l'ancien droit belgique 1847. Vergl. insb. Bd. II S. 926: die obligation générale habe die Güter nur obligiert, solange sie beim Schuldner gelegen hätten. Anders sei es gewesen bei der Anweisung einer Spezialhypothek im Falle einer Rentenbestellung, in welchem Falle man sich auch noch nach einer Veränsserung an die Liegenschaften halten könne. Bei der Verschiedenheit der speziellen und der generellen Verpfändung konnte man aber auch sämtliche Güter specialiter verpfänden, sous hypothèque spéciale de tous ses biens. Es wird auf C. de Bruxelles (gemeint sind die C. von 1606, tit. XI.) art. 161 verwiesen. Vergl. ferner noch Britz über die Mobiliarhypothek u. s. w.

diesen Quellengebieten: ein ausserordentlich zähes, treues, konservatives Festhalten an altüberkommenen Begriffen und Instituten. So mag denn fast das ganze wirtschaftliche Sein der Nation auf einen andern Boden verpflanzt erscheinen, so mag denn insbesondere das Kreditwesen eine noch nie dagewesene grundlegende Bedeutung erlangt haben, dergestalt, dass das Krediticren, das auf primitiver Stufe der kulturellen Entwicklung eine fast unerträgliche Ausnahme bedeutet, nunmehr zum unentbehrlichsten Lebenselcment geworden ist — die rechtliche Form, in welcher dieses andere, dieses neue Leben sich abspielt und abspielen muss, ist dieselbe geblieben. Das neufranzösische Pfandrecht ist immer noch ausschliesslich Obligationsrecht. Dies gilt nicht nur in dem weiteren Sinne, dass die Hypothek eine Haftung darstellt, sondern auch in dem engeren, dass in ihr die Elemente der einstigen obligatio generalis und der obligatio specialis fortleben. So führt denn eine Betrachtung dieser Hypothek, auch wenn wir nur den unmittelbarsten Zusammenhängen nachgehen wollen, bis weit ins mittelalterliche Recht zurück. Und noch weiter zurück weisen jene grundbegrifflichen Bestimmungen des Code civil, von welchen unsere Betrachtung ihren Ausgang genommen hat. Wohl sagen sie, dass die Haftung nunmehr eine gesetzliche sei. Dies ist das Neue. Aber schon durch diese Statuierung verweisen sie auf einen ehemalig herrschenden abweichenden Zustand. Zudem aber künden sie noch einen anderen Grundsatz. Und dieser ist sich gleich geblieben. Wie ein roter Faden durchzieht er die Geschichte der haftungsrechtlichen Entwicklung von den ältesten Zeiten bis herab auf unsere Tage: Wenn der Code in seinem Art. 2093 sagt, die Güter des Schuldners seien das gemeinsame Unterpfand der Gläubiger, so legt er Zeugnis ab von der S e l b s t ä n d i g k e i t d e r V e r m ö g e n s h a f t u n g.

Druck von Max Schmersow vorm. Zahn & Baendel, Kirchhain N.-L.





